



## "L'argent des dictateurs : sur la compétence internationale de l'Etat en matière de droit public"

Van Boxstael, Jean-Louis

Abstract
NA

Document type : *Thèse (Dissertation)*

---

### Référence bibliographique

Van Boxstael, Jean-Louis. *L'argent des dictateurs : sur la compétence internationale de l'Etat en matière de droit public*. Prom. : Verhoeven, Joe

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

# L'ARGENT DES DICTATEURS

Sur la compétence internationale de l'État  
en matière de droit public

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Dissertation présentée  
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Promoteur : Joe VERHOEVEN

Louvain-la-Neuve

1999

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN  
FACULTE DE DROIT  
BIBLIOTHEQUE  
PLACE MONTESQUIEU, 2  
R-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

*« [S]ouvent l'homme poursuit avec ardeur une chose qu'il désire ; l'a-t-il obtenue, il commence à s'en dégoûter, parce qu'il n'y a rien de durable dans ses affections, et qu'elles l'entraînent incessamment d'un objet à un autre »*

THOMAS A KEMPIS, l. III, n° 39.

## ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES PRINCIPAUX

### A.

A.C.	Law Reports, Appeal Cases
A.D.1 Dept.	New York Supreme Court, Appellate Division, First Department
A.D.2d	Appellate Division Reports (Supreme Court of New York), 2d series
<i>Aff'd</i>	Affirmed
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.I.D.I.	Annuaire de l'Institut de droit international
A.I.L.C.	American International Law Cases
A.J.I.L.	American Journal of International Law
<i>Alb. L. Rev.</i>	Albany Law Review
A.L.J.R.	Australian Law Journal Reports
All E.R.	All England Law Reports
A.L.R.4th	American Law Reports, 4th series
A.L.R. Fed.	American Law Reports Federal
A.M.C.	American Maritime Cases
<i>Am. Un. L. Rev.</i>	American University Law Review
<i>Ann. can. dr. int.</i>	Annuaire canadien de droit international
<i>Ann. Comm. dr. int.</i>	Annuaire de la Commission de droit international
<i>Ann. Dig.</i>	Annual Digest and Reports of Public International Law Cases
<i>Ann. dr.</i>	Annales de droit de Louvain
<i>Ann. not. enr.</i>	Annales du Notariat et de l'Enregistrement
<i>Ann. parl.</i>	Annales parlementaires (Chambre des Représentants ou Sénat de Belgique)
<i>app. dism.</i>	appeal dismissed
<i>Arch. pen.</i>	Archivio penale
<i>Arch. Völkerrecht</i>	Archiv des Völkerrecht
A.S.D.I.	Annuaire suisse de droit international
A.T.F.	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral (Confédération Helvétique)
<i>At. L. Journ.</i>	Ateneo Law Journal
A.Y.I.L.	Asian Yearbook of International Law

### B.

Bankr.	Bankruptcy Reports
B. Bl.	Bundesblätter
<i>B. C. Third W. L. Journ.</i>	Boston College Third World Law Journal
Beav.	Beavan
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
B.I.L.C.	British International Law Cases
B.J.	Belgique judiciaire
B.J.M.	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
B.O.C.E.	Bulletin Officiel du Conseil des États (Confédération Helvétique)
B.O.C.N.	Bulletin Officiel du Conseil National (Confédération Helvétique)
Bom. H.C.R.	High Court of Bombay Reports



*Boston Un. L. Rev.*  
BSG  
B.Y.B.I.L.  
*Bull. A.S.A.*  
*Bull. C.F.B.*  
*Bull. civ.*  
B.Z.R.

Boston University Law Review  
Bundessozialgericht  
British Year Book of International Law  
Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage  
Bulletin de la Commission fédérale des Banques  
Bulletin de la Cour de cassation, chambre civile  
Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## C.

C.  
C.A.  
Cal.  
Cal. App. 3d  
Cal. Rptr.  
*Cal. W. Int'l L. Journ.*  
Cass. b.  
Cass. fr.  
Cass. it.  
*cert. den.*  
*C.F.B. Rapport de gestion-E.B.K.*  
*Jahresbericht*  
C.F.R.  
ch.  
Ch.  
C.I.J.  
C.I.L.C.  
Circ.  
*Clunet*  
C.M.L.R.  
Col. L. Rev.  
Com. I.R.  
Comp.  
Cong.  
*Conn. Journ. Int'l L.*  
Cons. Tr. S.  
Consid.  
*Cornell L. Rev.*  
Cr.  
C.R.A.  
  
Crim. L.R.  
C.Y.I.L.

CRANCH, *Report of Cases argued and adjudicated in the Supreme Court of the United States*, New-York, 1911.  
Court of Appeal  
California  
California Court of Appeal Reporter, 3d series  
California Reporter  
California Western International Law Journal  
Cour de cassation de Belgique  
Cour de cassation de France  
Cour de cassation d'Italie  
certiorari denied  
Rapport de gestion de la Commission fédérale des banques (Confédération Helvétique)  
Code of Federal Regulations  
chiffre  
Law Reports, Chancery Division  
Cour internationale de Justice  
Commonwealth International Law Cases  
Circuit  
Journal du Droit International (A. Clunet)  
Common Market Law Review  
Columbia Law Review  
Commentaire du Code des Impôts sur le Revenu  
Comparez  
Congress  
Connecticut Journal of International Law  
Consolidated Treaty Series  
Considérant  
Cornell Law Review  
Criminal  
Compte-rendu analytique (Chambre des représentants ou Sénat de Belgique)  
Criminal Law Review  
Canadian Yearbook of International Law

## D.

D.  
*Daily Journal D.A.R.*  
D.C. Circ.  
D.D.C.  
De G. F. & J.  
*Dept. State Bull.*  
*Dig. U.S. Pract. Int'l L.*  
*Doc. dipl. suisses*  
*Doc. parl.*

Recueil Dalloz  
Los Angeles Daily Journal, Daily Appellate Reports  
United States Court of Appeal, District of Columbia  
United States District Court, District of Columbia  
De Gex, Fischer and Jones, tempore Campbell  
Department of State Bulletin  
Digest of United States Practice in International Law  
Documents diplomatiques suisses  
Documents parlementaires (Chambre des Représentants ou Sénat de Belgique)

*Doc. ONU*

*D.P.*

*Dr. prat. comm. int.*

*D.S.*

*Documentation concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, Série législative des Nations unies, ST/LEG/SER.B/20, New York, 1982, pp. 657.*

Dalloz périodique

Droit et pratique du commerce international

Recueil Dalloz-Sirey

## E.

*E.D.*

*Em. Int'l L. Rev.*

*Em. L. Journ.*

*Enc. dr. int.*

*E.O.*

*E.R.*

*EuGRZ*

Eastern district

Emory International Law Review

Emory Law Journal

Encyclopédie de droit international

Executive Order

English Reports

*Europäische Grundrechte Zeitschrift*

## F.

*F.2d*

*F.3d*

*Fed. Cas.*

*Fed. Ct.*

*Fed. R. Serv. 3d (Callaghan)*

*Fed. Reg.*

*F.F.*

*F.J.S.*

*Fla.*

*Fordham L. Rev.*

*Foro it.*

*F.R.D.*

*F. Supp.*

Federal Reporter, 2d series

Federal Reporter, 3d series

Federal Cases

Federal Court

Federal Rules Service (Callaghan), 3d series

Federal Register

Feuille fédérale (Confédération helvétique)

Fiches juridiques suisses

Florida

Fordham Law Review

Foro italiano

Federal Rules Decisions

Federal Supplement

## G.

*Gaz. Pal.*

*Giur. it.*

*G.Y.I.L.*

Gazette du Palais

Giurisprudenza Italiana

German Yearbook of International Law

## H.

*Harv. Hum. R. Journ.*

*Harv. Int'l L. Journ*

*Harv. L. Rev.*

*Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*

*Haw.*

*H.L.*

*H.L.C.*

Harvard Human Rights Journal

Harvard International Law Journal

Harvard Law Review

Hastings International and Comparative Law Review

Hawai

House of Lords

House of Lords Cases

## I.

*Ibid.*

*I.C.L.Q.*

*Id.*

*I.L.M.*

*I.L.R.*

*I.L.R. All*

*I.L.R. Bom*

*I.L.R. Cal*

*Ibidem*

International and Comparative Law Quarterly

*Idem*

International Legal Materials

International Law Reports

Indian Law Reports (Allahabad)

Indian Law Reports (Bombay)

Indian Law Reports (Calcutta)

*Int'l Comp. L. Q.*  
*Int. R. und Dipl.*  
 I. öff. Abt.  
*IPRax*  
*I.R.*  
*I.Y.I.L.*

International and Comparative Law Quarterly  
 Internationales Recht und Diplomatie  
 Erste öffentlichrechtliche Abteilung  
 Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts  
 Informations Rapides (Recueil Dalloz)  
 Italian Yearbook of International Law

## J.

*J.A.A.C.*  
*Jap. An. Int'l L.*  
*J.C.B.*  
*J.C.P.*  
*J.d.T.*  
*J.L.M.B.*  
*J.O.C.E.*  
*Jurisp. comm. Bel.*  
*J.T.*  
*Jur. Blätter*  
*Juriscl. dr. int.*

Journal des autorités administratives de la Confédération  
 Japanese Annuary of International Law  
 Jurisprudence commerciale de Bruxelles  
 La Semaine Juridique (Juris-classeur périodique)  
 Journal des Tribunaux (Genève)  
 Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles  
 Journal officiel des Communautés européennes  
 Jurisprudence commerciale de Belgique  
 Journal des Tribunaux (Bruxelles)  
 Juristische Blätter  
 Jurisclasseur de droit international

## K.

*K.B.*  
*KG*  
*Kiss*

Law Reports, King's Bench  
 Kammergericht  
 A. Ch. Kiss, *Répertoire français de droit international public*, vol. III, Paris, 1965, pp. 670.

## L.

*L.A. Daily Journ.*  
*Law & Pol. Int'l Bus.*  
*L.D.I.P.*  
  
*L.Ed.*  
*L.Ed.2d*  
  
*Lloyd's Rep.*  
*L.Q.R.*  
*L R. Eq.*  
*L R. Ch. App.*  
*L.R. Ad & Ecc.*  
  
*L.T.R.*

Los Angeles Daily Journal  
 Law and Policy in International Business  
 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (Confédération Helvétique).  
 United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition  
 United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition, 2d series  
 Lloyd's Law Reports  
 Law Quarterly Review  
 Law Reports,  
 Law Reports, Chanier Appeal Cases  
 Law Reports, High Court of Admiralty and Ecclesiastical Cases  
 Law Times Reports

## M.

*M.B.*  
*Md.*  
*Md. Journ. of Int'l L. & Trade*  
*Mo.*  
*Misc. 2d*

Moniteur belge  
 Maryland  
 Maryland Journal of International Law and Trade  
 Missouri  
 Miscellaneous Reports (New York), 2d series

## N.

*n°*  
*Nat. L. Journ.*  
*N.D.*  
*N.E.*

Numéro  
 National Law Journal  
 Northern district  
 North Eastern Reporter

N.E.2d  
 N.I.L.Q.  
 N.I.P.R.  
 N.J.  
 N. J. L. Journ.  
 N.J.W.  
 No.  
 N.T.I.R.  
 N.Y.  
 N.Y.2d  
 N.Y.I.L.  
 N.Y.L.J.  
 N. Y. L. Sch. Journ. Int'l & Comp. L.  
  
 N. Y. Un. Journ. Int'l L. & Pol.  
  
 N. Y. Un. L. Rev.  
 N.Y.S.2d  
 N.Z.L.R.

Ob. Gerichtshof  
 Obs.  
 O.R.2d

P.  
 Pa.  
 Pand. b.  
 Pand. pér.  
 Pas. b.  
 P.C.  
 Philippine L. Journ'l  
 P.K.G.  
 Publ. L.

Q.B.

R.  
 RabelsZ  
  
 Rapp.  
 R.B.D.I.  
 R.D.S.  
 Rec.  
 Rec. c. Acad. dr. int.  
 Rec. gén.  
 Rec. gén. enr. not.  
 R.E.D.I.  
 reh. den.  
 Rép. not.  
 Rép. Not. Defrénois  
 Rép. suisse dr. int. publ.

North Eastern Reporter, 2d series  
 Northern Ireland Legal Quarterly  
 Nederlands Internationaal Privaatrecht  
 Nederlandsche Jurisprudentie  
 New Jersey Law Journal  
 Neue Juristische Wochenschrift  
 Number  
 Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht  
 Court of Appeals of New York  
 New York Reports (Court of Appeals), 2d series  
 Netherlands Yearbook of International Law  
 New York Law Journal  
 New York Law School Journal of International and  
 Comparative Law  
 New York University Journal of International Law and  
 Politics  
 New York University Law Review  
 New York Supplement, 2d series  
 New Zealand Law Reports

## O.

Oberster Gerichtshof  
 Observations  
 Ontario Reports, 2d series

## P.

Law Reports, Probate Division  
 Pennsylvania  
 Pandectes belges  
 Pandectes périodiques  
 Pasicrisie belge  
 Privy Council  
 Philippine Law Journal  
 Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden  
 Public Law

## Q.

Law Reports, Queen's Bench

## R.

Rôle  
 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales  
 Privatrecht  
 Rapprochez  
 Revue belge de droit international  
 Revue de droit suisse/Zeitschrift für Schweizerisches Recht  
 Recueil  
 Recueil des cours de l'Académie de droit international  
 Recueil général  
 Recueil général de l'enregistrement et du notariat  
 Revista española de derecho internacional  
 rehearing denied  
 Répertoire notarial  
 Répertoire du Notariat Defrénois  
 Répertoire suisse de droit international public

<i>Rev. Arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. crit. jurispr. b.</i>	Revue critique de jurisprudence belge
<i>Rev'd</i>	Revised
<i>Rev. dr. comm. b.</i>	Revue de droit commercial belge
<i>Rev. dr. int. lég. comp.</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>Rev. dr. int., sc. dipl. &amp; pol.</i>	Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques
<i>Rev. dr. U.L.B.</i>	Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles
<i>Rev. gén. dr. int. publ.</i>	Revue générale de droit international public
<i>Rev. jur. et pol. Ind. et coop.</i>	Revue juridique et politique. Indépendance et coopération
<i>Rev. not. b.</i>	Revue du notariat belge
<i>Rev. prat. not.</i>	Revue pratique du notariat
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Rev. trim. dr. fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
<i>R.I.D.P.</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. e proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. pen.</i>	Rivista penale
<i>R.O.</i>	Recueil Officiel (Confédération helvétique)
<i>R.P.D.B.</i>	Répertoire pratique de droit belge
<i>R.P.S.</i>	Revue pénale suisse
<i>R.S.A.I.</i>	Recueil des sentences arbitrales internationales
<i>R.S.C.</i>	Rules of the Supreme Court
<i>R.S.D.I.E.</i>	Revue suisse de droit international et européen
<i>R.S.J.</i>	Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung
<i>Rutgers L. Journ.</i>	Rutgers Law Journal
<i>R.v.d.W.</i>	Rechtspraak van de Week
<i>R.W.</i>	Rechtskundig Weekblad

## S.

S.	Recueil Sirey
S.A.	South African Law Reports
S.C.R.	Supreme Court Reports (Canada)
S.C.R.A.	Supreme Court Reports Annotated (Philippines)
S.Ct.	Supreme Court Reporter (États-Unis)
S.D.	Southern district
Sec.	Section
<i>Sem. jud.</i>	Semaine judiciaire
Sez.	Sezione
Sim.	Simons
S.L.R.	Straits Settlements Law Reports
S.L.T.	Scots Law Times Reports
So.2d	Southern Reporter, 2d series
somm.	sommaire
<i>Southw. U. L. Rev.</i>	Southwestern University Law Review
S.S.L.R.	Straits Settlements Law Reports
<i>Stanf. Journ. Int'l L.</i>	Stanford Journal of International Law
Stat.	United States Statutes at Large
<i>Stb.</i>	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
<i>Stra.</i>	Straits Settlements Law Reports
<i>sub nom.</i>	sub nomine
<i>Suff. Transnat'l L. Journ.</i>	Suffolk Transnational Law Journal
Sup. Ct.	Supreme Court

## T.

T.L.R.	Times Law Reports
T.R.	Term Rep
<i>Trav. Com. fr. dr. int. priv.</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
T.V.R.	Tijdschrift voor Vennootschapsrecht

## U.

<i>UCLA Pacific Basin L. Journ.</i>	UCLA Pacific Basin Law Journal
U.N.T.S.	United Nations Treaties Series
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Codes
<i>U.S. Code Cong. &amp; Adm. News</i>	United States Code of Congressional and Administrative News
U.S.C.A.	United States Codes Annotated
U.S.C.A. App.	United States Codes Annotated Appendix
U.S.T.	United States Treaties

## V.

v°	verbo
Va.	Virginia
<i>Va. Journ. Int'l L.</i>	Virginia Journal of International Law
Ves. Jun.	Vesey Junior
VersR	Versicherungsrecht
vol.	volume
Voy.	Voyez

## W.

W.	Weekblad van het Recht
W.D.	Western district
<i>Whiteman Dig. Int'l L.</i>	M. M. Whiteman, <i>Digest of International Law</i> , vol. 6, Washington, 1968.
<i>Whittier L. Rev.</i>	Whittier Law Revue
W.L.R.	Weekly Law Reports

## Y.

<i>Yale Journ. Int'l L.</i>	Yale Journal of International Law
<i>Yale L. Journ.</i>	Yale Law Journal

## Z.

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Zivilabt.	Zivilabteilung

Les références non autrement précisées à la *Revue générale de droit international public* renvoient à la « chronique des faits internationaux » tenue dans cette revue par M. Charles ROUSSEAU entre 1959 et 1993, et y poursuivie par la suite par divers auteurs, sous la direction de M. TORELLI.

Les références non autrement précisées à l'*Annuaire français de droit international* renvoient à la « Pratique française du droit international » tenue dans cet annuaire par M. CHARPENTIER entre 1966 et 1995 et y poursuivie par la suite par M. DOBELLE.

Les références non autrement précisées à l'*Annuaire suisse de droit international* ainsi qu'à la *Revue suisse de droit international et européen* renvoient à la « Pratique suisse en matière de droit international public » tenue dans cet annuaire puis, à partir de 1991, cette revue par M. CAFLISCH, et ce depuis 1968.

Enfin, les références non autrement précisées à l'*American Journal of International Law* renvoient à la chronique tenue dans cette revue par M<sup>me</sup> Marian L. NASH depuis 1978, et avant elle, par divers auteurs, sous le titre « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law ».

**LISTE DES OUVRAGES OU TRAVAUX QUI NE SONT CITÉS  
QUE PAR L'ÉNONCÉ DU NOM DE LEUR(S) AUTEUR(S)**

- BATIFFOL et LAGARDE : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., t. I, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 656.
- COLLINS : L. COLLINS, « Provisional and Protective Measures in International Litigation », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 234, 1992, III, pp. 9 à 238.
- COSNARD : M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes (Face à la théorie des immunités des États)*, Paris, Pédone, 1996, pp. 478.
- DECAUX : E. DECAUX, « Le statut du chef d'État déchu », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 101 à 139.
- DE SENA : P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionali degli organi statali*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 253.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 313.
- DORMANN BESSENICH : A. DORMANN BESSENICH, *Der ausländische Staat als Kläger*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 236.
- DUVERGER : M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1996, pp. 1067.
- GOTHOT : P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971, pp. 1 à 36; 209 à 243; 415 à 450.
- GRAULICH : P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales, 1978, pp. 153.
- KINSCH : P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 583.
- KOFELE-KALE : N. KOFELE-KALE, *International Law of Responsibility for Economic Crimes. Holding Heads of State and Other High Ranking Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment*, The Hague, London et Boston, Kluwer, 1995, pp. 372.
- LOUSSOUARN et BOUREL : Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1993, pp. 680.
- MARESCA : M. MARESCA, *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero. Materiali ed ipotesi ricostruttive*, Milan, Giuffrè, 1990, pp. 243.
- MAYER, *La distinction...* : P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 244.  
— « Droit international privé et droit international public... » : P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit.*, 1979, pp. 1 à 29; 349 à 388; 537 à 583.  
— *Droit international privé* : P. MAYER, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Domat-Montchrestien, 1998.
- MERKT : O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Thèse de la Faculté de droit et des sciences économiques de Neuchâtel, Huber Druck A.G., Entlebuch, 1993, pp. 219.
- PINGEL-LENUZZA : I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des États en droit international*, Bruxelles, Bruylant et Université de Bruxelles, 1998, pp. 442.
- RIGAUX, éd. 1968 : F. RIGAUX, *Droit international privé*, Précis sur feuillets mobiles, Louvain, 1968, pp. 537.  
— *Droit public et droit privé* : F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pédone, 1977, pp. 486.  
— *Droit international privé* : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 1<sup>re</sup> éd., 1977, pp. 402, et 2<sup>e</sup> éd., 1987, pp. 386.
- SALMON : J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 678.
- STESSENS : G. STESSENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer efficiënte bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, proefschrift voorgelegd tot het behalen van de graad van doctor in de rechten aan de Universitaire Instelling Antwerpen, Antwerpen, U.I.A., 1998, pp. 592.
- VAN PRAAG : L. VAN PRAAG, *Jurisdiction et droit international public. La juridiction internationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*, La Haye, Belinfante Frères, 1915.
- VERHOEVEN, *La reconnaissance...* : J. VERHOEVEN, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine. Les relations publiques internationales*, Paris, Pédone, 1975, pp. 861.



— « Relations internationales... » : J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 192, 1985, III, pp. 9 à 232.

— « Sur la récupération... » : J. VERHOEVEN, « Sur la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 359 à 373.

WATTS : A. WATTS, « The legal position in international law of Heads of States, Heads of governments and foreign ministers », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 247, 1994, III, pp. 9 à 130.

*Non ex regula jus summat,ur,  
sed ex jure quod est regula fiat* <sup>1</sup>.

Expliquant, à l'introduction du cours qu'il fit en 1994 à l'Académie de La Haye de droit international sur « [t]he legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign ministers », son choix d'aborder « at first sight a somewhat narrow and specialized subject », qui ne pouvait concerner directement que quelques cinq à six cent personnes, Sir A. Watts s'empessa de souligner que « [t]his apparently remote corner of the law » soulevait « in addition to its direct concern with their personal status » des questions théoriques « of some interest in a number of other areas » <sup>2</sup>. La formule est, dans sa retenue toute britannique, dotée d'une puissance évocatrice phénoménale. L'« intérêt » que l'éminent auteur voit « en quelques secteurs du droit » à se pencher sur le statut de quelques escouades de dignitaires hauts placés est non seulement digne de considération, mais si fondamental qu'il ne peut être question, pour qui s'efforce de comprendre le fonctionnement des relations internationales, d'en faire l'économie. C'est souvent par des biais étroits qu'un système se laisse appréhender dans son ensemble.

L'« intérêt » aperçu par Sir Watts s'accroît encore lorsque, poussant plus avant la spécialisation, l'on concentre l'analyse sur un secteur particulier du champ que l'éminent auteur s'est donné pour objet l'examen — celui de la récupération à

---

<sup>1</sup> L'adage ancien est cité par A. POLACIEWICZ et R. VANDER ELST, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », *Ann. not. enr.*, 1962, p. 92.

<sup>2</sup> p. 19.

l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État. Bien que le sujet se rétrécit encore, et que la catégorie des personnes qu'il peut concerner se réduit à quelques dizaines tout au plus, son pouvoir théorique apparaît prodigieux et presque, dirait-on, inversement proportionnel à son étroitesse. Car ce sujet explose véritablement, et les enseignements qui s'en dégagent rejaillissent sur un champ considérable de la discipline juridique.

Il est trop tôt sans doute pour le montrer. La démonstration, du reste, en viendra d'elle-même, au fur et à mesure que se révéleront les difficultés auxquelles ont pu se heurter des États dans leurs tentatives de récupérer des avoirs prétendument volés ou détournés par leurs anciens dirigeants, ou, inversement<sup>3</sup>, celles auxquelles ont dû faire face d'anciens dirigeants qui faisaient l'objet de pareilles tentatives. Je préfère, en guise de liminaire, livrer au lecteur un exposé des procédures de récupération dont j'ai pu prendre connaissance. J'ai voulu cet exposé aussi détaillé que possible, afin que nulle particularité des espèces étudiées ne lui échappe. Du moins, me suis-je promis de ménager les possibilités de l'esprit humain, qu'un excès de longueur et de minutie gagne rapidement, et très légitimement, à la lassitude : « l'important », écrivait Montesquieu dans la conclusion du livre XI de *l'Esprit des lois*, « n'est pas de faire lire mais de faire penser ».

Mieux que de longs développements théoriques, cet exposé permettra, je pense, au lecteur d'apercevoir l'extrême variété des problèmes posés, et le mettra en condition de juger de l'opportunité des choix posés dans la suite de l'étude. Je le lui livre brut, sous la forme, pourrait-on dire, d'une chronique de jurisprudence, et ne lui dirai que plus tard en quels lieux, et par quels chemins, je souhaite le mener.

---

<sup>3</sup> Selon le maître mot de la démarche juridique *audiatur et altera pars*.

## 1.

## LA PRATIQUE

La lutte contre la corruption est à la mode, c'est entendu. Mais la problématique des rapports qu'entretiennent entre eux, quant au statut de leurs biens, l'État et le « chef » qui l'a dirigé <sup>4</sup> n'est pas nouvelle. Il n'a pas fallu attendre que finisse le vingtième siècle pour que, sur ce plan *aussi*, l'on vît s'élaborer un « droit » des monarques déchus <sup>5</sup> — celui-ci s'établît-il même sur des bases de pure espèce. Et même, s'y attacher permet d'apercevoir, sous un angle sans doute inhabituel, toute l'histoire des relations internationales depuis la constitution des États modernes <sup>6</sup>.

J'aimerais le montrer en guise de prolégomènes, avant de m'attarder sur quelques contentieux récents.

---

<sup>4</sup> L'expression, quoiqu'impropre, entend viser aussi bien les personnes qui, placées à la tête de l'État, y exercent un pouvoir effectif, que celles qui n'y jouent qu'un rôle purement formel — en ce sens qu'ils ne dirigent pas la politique de l'État et que, lorsqu'ils agissent, ils ne le font qu'avec l'approbation d'un gouvernement qui assume la responsabilité politique de leurs actes. Elle englobe à la fois ceux que Sir A. WATTS appelle les « substantive » et les « constitutional » « Heads of State » (pp. 24-25).

<sup>5</sup> Cf. DECAUX, p. 131, qui parle de « droit commun » des dynasties déchues.

<sup>6</sup> Seuls m'intéressent les rapports entre l'État et son ancien dirigeant. L'on tiendra pour marginale la confiscation, par un *dahir* du 14 juillet 1922, des biens de l'ex-sultan du Maroc Moulay Hafid au profit, non du protectorat, mais de sa famille même — dont le nouveau sultan, son frère, faisait partie — qu'il avait laissée dans un complet dénuement au moment de son abdication (*Clunet*, 1922, pp. 274-275). Les instruments de la puissance publique furent ici exceptionnellement utilisés à la satisfaction des créanciers « privés », alimentaires, de l'ancien dirigeant.

## PROLÉGOMÈNES

Trois temps divisent, dans le traitement que les nouveaux gouvernements ont réservé aux anciens dirigeants, l'histoire des relations internationales depuis la constitution des États modernes. Les deux premiers correspondent à l'évolution du gouvernement politique depuis la philosophie des Lumières et le libéralisme politique. Le troisième marque, en quelque manière, l'étape de maturité auquel ce gouvernement est parvenu à l'époque contemporaine <sup>7</sup>.

### § 1<sup>er</sup>. — *L'Ancien Régime*

Les monarchies d'Ancien Régime — celles qui se sont établies en Occident lors de la constitution des États modernes — ont-elles connu des détournements de fonds commis par le monarque au préjudice de l'État ? La confusion de l'État et de la personne de son dirigeant qui, bien plus que le représenter, l'incarnait, le personnifiait tant sur la scène internationale que dans les relations internes, s'accompagnait d'une confusion *pratique* des patrimoines qui rendait superflue toute tentative d'enrichissement personnel — ou qui la rendait omniprésente : l'on ne saurait le dire avec certitude. Du moins est-il permis de penser que la « tradition » <sup>8</sup> des lois de confiscation qui, selon le mot de M. Decaux, a longtemps formé le « droit commun des dynasties déchues » <sup>9</sup>, avait *techniquement* partie liée avec cette confusion des fortunes

---

<sup>7</sup> Il n'y a dans cette division nulle rigueur historique, mais plutôt une tentative d'explication politique. L'emploi même, dans les lignes qui suivent, d'un titre de Tocqueville doit être lu dans la perspective de cette explication politique. S'il entend donner à la Révolution française le rôle d'un événement fondateur, c'est sans égard à la réalité chronologique des événements.

<sup>8</sup> DECAUX, p. 131.

<sup>9</sup> Selon le mot de E. DECAUX, p. 130.

privée et publique. Elle jouait ce rôle très nécessaire, en cas de rupture de la continuité dynastique, de rétablir dans son intégrité le patrimoine de la Couronne, permettant au nouveau monarque, ou au nouveau gouvernement de l'État, de mettre la main sur lui. Elle était en ce sens partie intégrante du changement de pouvoir <sup>10</sup>.

À une époque où les rapports internationaux se résumaient aux relations personnelles que les monarques entretenaient entre eux <sup>11</sup>, il est compréhensible que le sort réservé aux anciens monarques et à leurs biens ait fait partie intégrante des traités de paix <sup>12</sup> — et que, dans le texte de ceux-ci, il ait davantage répondu à des préoccupations politiques qu'à des considérations déduites de la logique juridique. C'est au premier chef le prestige ou l'autorité personnelle, le poids politique qu'avait conservé le monarque vaincu ou ses alliés qui explique les choix qui y furent opérés — comme en particulier celui de verser à ce dernier une rente, à titre en quelque manière d'indemnisation du préjudice que lui faisait subir l'abandon du pouvoir <sup>13</sup>. Au-delà cependant des hasards de la politique, le texte de certains traités révèle avec éclat, dans la discrimination qu'il opère entre fortunes publique et privée, cette fonction technique de la confiscation. Il en est ainsi — dans la ligne du sénatus-consulte organique du 28 floréal de l'an XII <sup>14</sup> — du traité signé à Paris le 11 avril 1814 « entre l'Autriche, la

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 103, où l'auteur explique que « [c]ette confusion entre domaine public et domaine privé entraîne des mesures extrêmes, liées le plus souvent à la déchéance, comme la confiscation des biens situés sur le territoire, ou même des biens placés à l'étranger, mais aussi comme les lois de bannissement ou de « dénationalisation » ».

<sup>11</sup> CAHIER, p. 184; WATTS, p. 35.

<sup>12</sup> Il n'est pas question ici des arrangements financiers auxquels ont pu donner lieu des annexions, comme les traités de Marac, signés le 5 mai 1808, par lesquels Napoléon contraignit le roi d'Espagne Charles IV et son fils — en faveur duquel celui-là avait abdiqué en mars — à lui remettre la Couronne d'Espagne en contrepartie de la donation des châteaux de Compiègne et Chambord et du versement d'une liste civile de sept millions et demi de francs par an (DECAUX, p. 120). La validité d'arrangements de ce genre — dont l'offre de deux millions de dollars faite en vain par Mussolini au Négus pour obtenir son abdication a offert plus récemment un exemple — est douteuse au regard du droit des traités (*ibid.*, p. 120).

<sup>13</sup> L'on sait, à titre d'exemple, que les « solidarités religieuses et familiales » qui unissaient Jacques II d'Angleterre à Louis XIV (selon l'expression d'E. DECAUX, p. 126) influèrent largement sur le sort du monarque déchu et de la reine, exilés en France au lendemain de la révolution de 1688. Le roi de France fit de Saint-Germain la résidence du roi et de la reine déchus, et leur octroya une pension sur sa cassette personnelle pour maintenir leur rang. Contraint, au lendemain de sa défaite contre la Ligue d'Augsbourg, de reconnaître le prince d'Orange comme roi d'Angleterre, Louis XIV obtint pour le roi et la reine exilés le versement d'un douaire. Celui-ci fit l'objet d'une disposition spéciale de la paix de Rijswijk qui — bien que demeurée, semble-t-il, inexécutée, pour le motif que Guillaume considérait que le séjour de Saint-Germain était « trop à portée du roi et trop près d'Angleterre pour le laisser sans inquiétude » (SAINT-SIMON, *Pléiade*, I, pp. 472 et 477, cité par E. DECAUX, p. 126, note 96) — devait sortir ses effets jusqu'à la paix d'Utrecht.

<sup>14</sup> *Pand. b.*, t. 60, v° Liste civile (et domaine privé du Roi), col. 14.

Russie et la Prusse d'une part et Napoléon Bonaparte de l'autre, avec accession partielle de la Grande-Bretagne en date du 27 avril 1814 »<sup>15</sup>.

Arrêtant les conditions, notamment financières, auxquelles l'empereur déchu consentait lui-même à descendre du trône<sup>16</sup>, le traité réservait un sort distinct à son patrimoine privé et au patrimoine public de la Couronne. Le premier — en tant qu'il portait sur les biens « pos[sédés] en France, soit comme domaine extraordinaire, soit comme domaine privé », était « abandonné » à la Couronne<sup>17</sup> en contrepartie du versement d'un « revenu annuel de deux millions de francs en rentes sur le grand livre de France, dont un million réversible à l'Impératrice »<sup>18</sup>. Le second était rétabli dans son intégrité, sans que l'ex-empereur ou sa famille n'en retirassent aucune contrepartie : l'article X disposait que « [t]ous les diamant[t]s de la Couronne rester[aient] à la France », et l'article XI, que « [l]'Empereur Napoléon fer[ait] retourner au trésor et aux autres caisses publiques toutes les sommes et effets qui en auroient été déplacés par ses ordres, à l'exception de ce qui provient de la liste civile ».

Seul Napoléon avait sans doute conservé l'autorité personnelle suffisante pour imposer à ses ennemis les conditions financières de son retrait du pouvoir. Mais la particulière « générosité » du traité de Paris à son égard s'explique aussi par le fait que ce traité mettait fin à une guerre internationale dirigée contre la France : les alliés de Louis XVIII étaient à même d'imposer au gouvernement provisoire l'acceptation de conditions financières aptes à assurer le « repos de l'Europe »<sup>19</sup>. En dehors des

<sup>15</sup> Ce titre est renseigné par DE MARTENS, *Nouveau Recueil des Traités*, t. I, 1808-1814, p. 696. E. DECAUX indique qu'il est erroné, Napoléon y ayant accédé en sa qualité d'« [e]mpereur des Français », « au même titre que (...) les autres souverains » (p. 106, note 11). La phrase citée entre guillemets reproduit le texte de l'article I du traité.

<sup>16</sup> Le gouvernement provisoire, proclamé le 1<sup>er</sup> avril 1814, « était opposé à l'idée de laisser à Napoléon » la liberté de convenir avec les grandes puissances des conditions de sa renonciation « à cause de l'espèce de reconnaissance du règne impérial qui semblerait en résulter » (THIERS, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, XVII, p. 785, cité par E. DECAUX, p. 106, note 12).

<sup>17</sup> Art. IX, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>18</sup> Art. III, al. 2.

<sup>19</sup> Selon le communiqué des Puissances réunies à Vienne le 13 mars 1815, reproduit dans Ch. DUPUIS, « Règles du droit de la paix », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 32, 1930, II, p. 113. Quelles que remarquables qu'aient été sur ce point les dispositions du traité de Paris, il ne paraît pas qu'elles aient pu entrer en vigueur (DECAUX, p. 107, note 13). La tentative avortée de Napoléon, en 1815, de revenir aux affaires entraîna la perte des avantages qui lui avaient été consentis moins d'un an auparavant : à Sainte-Hélène, l'ex-empereur n'était plus qu'un prisonnier de guerre, dont l'argent avait été confisqué par les autorités anglaises « afin de l'empêcher d'en faire un instrument d'évasion » (LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, pp. 38-39, cité par E. DECAUX, p. 107, note 17).

situations de guerre, ou des contextes coloniaux — qui, tout autant que les guerres, paraissent avoir été favorables à une intervention étrangère arrêtant, dans le sens d'une discrimination des patrimoines public et privé, les conditions matérielles de l'exil de l'ancien dirigeant <sup>20</sup> —, il s'en faut de beaucoup que la confiscation ait borné ses effets à la fortune publique que ce dernier s'était appropriée dans l'exercice du pouvoir. C'est qu'elle poursuivait un autre objectif que la simple nécessité, matérielle, du rétablissement du patrimoine de l'État — la tradition s'en est poursuivie d'ailleurs bien après que, sous l'influence du parlementarisme, le patrimoine privé et le patrimoine public de la Couronne eurent été dissociés l'un de l'autre. Elle visait avant tout, selon le mot de Niboyet, à « abattre » l'adversaire chassé du pouvoir <sup>21</sup>, afin de l'empêcher d'y revenir. Elle jouait ainsi, à côté de sa fonction technique, une fonction *politique*. La « tradition » des lois de confiscation accompagnait celle des lois de bannissement <sup>22</sup> : afin de prévenir toute velléité de restauration, le souverain déchu et les membres de sa famille étaient empêchés de remettre les pieds sur le territoire national, en même temps qu'ils se voyaient privés des moyens matériels qui leur auraient permis, en levant une armée, de remonter sur le trône <sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Les principes qui avaient inspiré le traité de Paris paraissent ainsi avoir été assez fidèlement reproduits lorsque s'organisa en Perse, avec la bienveillance de ses anciens alliés britanniques et russes, la succession de l'ex-shah Mohammed Ali Mirza. Le protocole signé à Zerguendé le 25 août 1909 entre la Grande-Bretagne, la Perse et la Russie « [e]n but d'accélérer le départ de la Perse » de l'ex-shah — qui avait trouvé refuge, avec les membres de sa suite, à la Légation de Russie — établit lui aussi une discrimination entre le patrimoine privé de l'ancien dirigeant et le patrimoine public de la Couronne. Le premier était « abandonné » au nouveau gouvernement moyennant le versement par celui-ci d'une pension annuelle et la prise en charge par lui des « dettes personnelles » de l'ex-shah, tant « auprès de la Banque d'Escompte de Perse » qu'« envers les sujets étrangers » (Protocol between *Great Britain, Persia and Russia* respecting the Departure from Persia of the Ex-shah Mohammed Ali Mirza, signed at Zerguendé, 209 *Cons. Tr. S.* 320 (1909), égal. publ. dans DE MARTENS, 3, IV, 677, art. 4, 5, 6 et 7). Le second était rétabli dans son intégrité, sans qu'en fût prévu un dédommagement pour l'ancien dirigeant : au contraire, si celui-ci omettait de restituer les « biens publics » qu'il avait affectés à son utilité privée — notamment ceux qu'il avait engagés pour la couverture de dépenses personnelles —, le prix devait en être prélevé d'office sur la pension que le nouveau gouvernement s'était engagé à lui verser (art. 1<sup>er</sup>, 2 et 3). Le lien étroit entre les conditions matérielles ainsi offertes à l'ancien dirigeant et son éloignement définitif du pouvoir apparaît assez bien à la lecture de l'article 11, aux termes duquel « [s]i Sa Majesté Mohammed Ali Mirza quitte la Russie [qui avait promis de l'accueillir] et s'il est prouvé (...) que d'un pays autre que la Russie il aurait fait des agitations politiques contre la Perse, le Gouvernement persan aura le droit de cesser de payer sa pension ».

<sup>21</sup> T. III, n° 946, p. 336.

<sup>22</sup> Ces deux « traditions » allaient « de pair » (DECAUX, p. 131, auquel est également empruntée l'expression « tradition de bannissement »).

<sup>23</sup> *Id.*



Cette dernière précision est d'importance. Destinée seulement à ôter au souverain déchu « tout moyen d'action directe ou indirecte sur le territoire », la confiscation, comme le bannissement, n'avait à l'ordinaire qu'une portée territoriale. Elle portait sur les seuls biens qui, se trouvant sur le territoire de l'État, pouvaient devenir « une arme politique pour les dynasties déchues » <sup>24</sup>.

Les « lois d'exception » n'ayant ainsi « de portée que dans le territoire national » <sup>25</sup>, un « compromis », souligne M. Decaux, se trouvait établi « entre les nécessités de la sûreté du régime mis en place et les règles de l'humanité » <sup>26</sup>. Sur le plan de la liberté d'aller et de venir, le bannissement du souverain déchu trouvait une « contrepartie naturelle » dans l'hospitalité d'un État d'accueil, qui lui offrait un lieu d'exil à la condition qu'il se conforme désormais aux conditions d'une stricte neutralité. « [L]'exil sembl[ait] un châtement suffisant », et cette situation équilibrée correspondait elle-même à l'intérêt mutuel des États : « [u]ne tolérance mutuelle s'établ[issai]t entre le pays qui a[vait] chassé le souverain déchu et celui qui accept[ait] de l'héberger, tous deux ayant intérêt à une normalisation de la situation » <sup>27</sup>. Cet équilibre avait son pendant sur le plan patrimonial. Le souverain déchu, dont les biens « nationaux » étaient confisqués, pouvait continuer à jouir dans le pays où il avait trouvé refuge avec les membres de sa famille des biens qu'il possédait à l'étranger du fait « d'alliances familiales, de dots ou de successions » <sup>28</sup>. Nul n'a jamais contesté qu'à pareils biens s'appliquait le droit commun des régimes matrimoniaux ou des successions <sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> C'est ce dont témoignent, par exemple, les considérants du décret français du 22 janvier 1852 prononçant la mise sous séquestre des biens des Orléans : « (...) les gouvernements qui se sont succédés ont jugé indispensable d'obliger la famille qui cessait de régner à vendre les biens meubles et immeubles qu'elle possédait en France; (...) ainsi le 12 janvier 1816 Louis XVIII contraignit les membres de la famille de l'empereur à vendre leurs biens personnels dans le délai de six mois; (...) le 10 avril 1832, Louis-Philippe en agit de même à l'égard des princes de la famille aînée des Bourbons; (...) pareilles mesures sont toujours d'ordre et d'intérêt publics; (...) aujourd'hui plus que jamais de hautes considérations politiques commandent impérieusement de diminuer l'influence que donne à la famille d'Orléans la possession de près de trois cent millions d'immeubles en France (...) » (A. DE LASSALLE, *Histoire et politique de la famille d'Orléans*, 1853, pp. 4-5, cité par M. DECAUX, p. 130 qui y voit une manière de synthèse d'un « droit commun des dynasties déchues »).

<sup>25</sup> DECAUX, p. 129.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 131.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 129.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 131.

<sup>29</sup> Cf. l'affaire célèbre de la succession de Bourbon-Parme, par laquelle les princes Sixte et Xavier de Bourbon-Parme tentèrent, au lendemain de la première guerre mondiale, de remettre la main sur le domaine de Chambord, qu'un partage intervenu en 1910 conformément aux dernières volontés de leur père, le duc Robert de Parme, avait attribué à leur demi-frère Élie. L'action échoua. Élie ayant servi dans

Sans doute, le « compromis » évoqué dépendait-il de l'ampleur de la fortune que le souverain déchu pouvait se targuer de posséder à l'étranger — plus d'un, souligne M. Verhoeven, ayant dû « payer de misère la fierté » de tomber du trône sans [y] avoir placé de l'argent » »<sup>30</sup>. Mais les considérations d'humanité paraissaient premières. Le déshonneur que devait inspirer à un État l'indigence de son ex-souverain expliqua en diverses circonstances l'assouplissement de la confiscation des biens personnels : en 1872, ayant appris « que la famille impériale vivait en Angleterre sur un pied de 150.000 francs », A. Thiers jugea « que pareil revenu était indigne d'une dynastie ayant régné sur la France et de la France elle-même. Il raya de la liste des biens saisis par la nation ceux que l'Impératrice possédait en propre afin de les lui rendre »<sup>31</sup>.

La situation de l'ex-roi d'Italie Umberto, monté sur le trône après que les Américains eurent contraint son père à l'abdication, devait offrir au sortir de la seconde guerre mondiale la dernière illustration d'une « tradition » de bannissement et de confiscation de portée territoriale, doublées de l'hospitalité d'un pays étranger dans laquelle le souverain déchu est invité à s'abstenir de toute activité politique<sup>32</sup>. L'article XIII des « Dispositions transitoires et finales » de la Constitution républicaine du 27 décembre 1947 contient le diptyque traditionnel bannissement-confiscation : « (...) [l]'entrée et le séjour sur le territoire national sont interdits aux ex-rois de la Maison de Savoie, à leurs épouses et à leurs descendants mâles. Les biens existant sur le territoire national des ex-rois de la Maison de Savoie, de leurs épouses et de leurs descendants mâles passent à l'État. Les transferts et les constitutions de droits réels sur lesdits biens qui seraient advenus après le 2 juin 1946 sont nuls »<sup>33 — 34</sup>.

---

les armées autrichiennes, le domaine, mis sous séquestre pendant la guerre, revint à l'État français au titre d'une préemption spécialement convenue avec l'Autriche (Cass. fr., Civ., 13 avr. 1932, *Cons. de Bourbon-Parme c. Élie de Bourbon-Parme*, D.P., 1932, 1, p. 89, note BASDEVANT).

<sup>30</sup> « Sur la récupération... », p. 360, qui cite les termes d'une lettre adressée au lendemain de sa déchéance par Napoléon III à l'impératrice Eugénie (elle-même citée par M. DECAUX, p. 131). Sur les sorts misérables que connurent en Angleterre la famille d'Orléans puis la famille impériale, voy. ce dernier auteur, pp. 130, note 114, et 131, note 116.

<sup>31</sup> GEORGES-ROUX, *Napoléon III*, Flammarion, 1969, p. 417, cité par E. DECAUX, p. 131, note 116 *in fine*.

<sup>32</sup> DECAUX, p. 131.

<sup>33</sup> Texte français dans DUVERGER, pp. 826-827. Cf. pour une application, Commissione arbitrale adeguamento canonici di affitto fondi rustici di Cuneo, 11 nov. 1948, *Gaggiano c. Galvagno*, *Foro it.*, 1946, I, p. 1150, note DI ORESTE. La Commission décide que l'acquéreur d'un bien rural ayant appartenu à Umberto

## § 2. — *La Révolution*

L'avènement des Républiques marque une nouvelle étape. Au moment d'abattre les privilèges d'ancien régime, celles-ci sont vindicatives, et exigeantes. Gardien de la légalité passée, complice sinon coupable des manquements commis envers le peuple, le monarque est mis en accusation par l'assemblée des élus de celui-ci, ou par un comité révolutionnaire auto-investi de la légitimité populaire, et les mesures prises contre lui — lois ou arrêtés d'exception déguisés parfois sous l'apparence de procès pénaux — acquièrent un tour répressif. Le temps de l'exil cède alors la place à celui de l'expiation, et de même que les autorités républicaines cherchent à appréhender l'ancien dirigeant pour qu'il réponde de ses crimes devant un tribunal populaire, c'est sa fortune toute entière qu'elles tentent de s'approprier. Dans ce deuxième temps, la confiscation perd sa portée originellement territoriale, et l'exécution commence d'en être poursuivie à l'étranger — venant directement intéresser, du fait de ce passage de la frontière, une étude de droit international.

Les situations de Guillaume II et de Charles I<sup>er</sup> au sortir de la première guerre mondiale semblent à cet égard, lorsqu'on les compare, marquer une sorte de transition — d'autant plus remarquable que leur rapprochement n'est pas exempt de paradoxe. Mis en accusation par le traité de Versailles, Guillaume II put — en dépit de la

---

est recevable à solliciter de son locataire une majoration de loyer, même si, intervenue après la date du *referendum*, son acquisition doit être tenue pour nulle. Le demandeur avait en effet conservé la possession du bien litigieux, ce qui suffisait à fonder son intérêt à agir.

<sup>34</sup> La République italienne paraît bien, à l'issue de la seconde guerre mondiale, avoir tenté de s'approprier la fortune privée — quelque un million et demi de livres sterlings ! — que l'ex-roi Umberto avait laissée en Grande-Bretagne. C'était dans le contexte, sans doute très particulier, du paiement des réparations de guerre. Son action, dirigée contre l'*administrator* de l'*estate* du roi défunt, prenait pour base les dispositions d'un « arrangement financier » convenu à Rome, le 17 avril 1947, entre les gouvernements britannique et italien, permettant que le montant des avoirs italiens que la Grande-Bretagne avait séquestrés pendant la guerre — c'était le cas des avoirs du roi défunt — fût transféré sur un compte spécial ouvert au nom de celui-ci auprès de la Banque d'Angleterre, pour servir au paiement de ses dettes. Il y allait d'une expropriation déguisée et, fût-elle motivée par quelque juste raison, la *Chancery Division* la jugea inadmissible : « I dismiss the action on the ground that the financial agreement is not cognizable or justiciable in this Court, but it is only right that I should add that, even if it were, I doubt whether the necessary parties to any action to enforce its terms are before me ». Le magistrat désignait par là les héritiers du roi Umberto (*Republic of Italy v. Hambros Bank, Ltd, and Gregory (Custodian of enemy property)*, [1950] 1 Ch. 314, égal. publ. dans [1950] 1 All E.R. 430, et rapp. dans *Clunet*, 1952, p. 340).

proposition d'un député britannique qui, en mars 1919, demandait que des mesures soient prises « pour obtenir que la fortune personnelle du Kaiser [fût] réservée en vue de son utilisation possible comme indemnité de guerre »<sup>35</sup> — récupérer la presque totalité de ses biens propres<sup>36</sup>. Pensionné par la République de Weimar<sup>37</sup>, il coula en Hollande les jours d'une assez paisible retraite, se retrouvant ainsi, en quelque manière, dans la situation des monarques déchus du siècle passé, à l'égard desquels le bannissement et la confiscation de la fortune « nationale » étaient jugés former un « châtiment suffisant »<sup>38</sup>.

Le sort de Charles I<sup>er</sup> fut tout autre. Alors que les traités de Saint-Germain et de Trianon ne constataient nullement, en tant que telle, la déchéance des Habsbourg, l'empereur fut victime des manœuvres de la « petite entente » née des ruines de l'empire austro-hongrois, bientôt relayée par les puissances alliées. Non seulement la loi de bannissement autrichienne du 3 avril 1919 prononça la confiscation « de tous les biens mobiliers et immobiliers situés sur son territoire faisant partie du trésor de la Couronne, ou ayant appartenu à l'ancienne dynastie régnante, y compris la branche

---

<sup>35</sup> Clunet, 1919, p. 532.

<sup>36</sup> Dès le mois de novembre 1918, en même temps qu'il leur confirmait son abdication — jusqu'alors purement orale —, Guillaume II représenta à des émissaires du gouvernement socialiste « qu'il était impossible que l'ancien empereur continuât de dépendre, pour sa subsistance, des libéralités du gentilhomme hollandais, son hôte ». Il sollicita du gouvernement révolutionnaire que celui-ci lui remît « une partie au moins de sa fortune privée » (Clunet, 1919, p. 523, qui rapporte que le Kaiser exposait « qu'il avait déjà été forcé d'emprunter 40.000 gulden à son hôte »). La demande trouva auprès des nouvelles autorités allemandes un écho assez favorable : « [l]e gouvernement, rapporte *Le Matin* du 18 mars 1919, acquiesça à la demande de l'ex-souverain et fit procéder à une enquête aux fins de déterminer quelle partie de la fortune supposée de l'ex-empereur appartenait au gouvernement. L'enquête a montré que l'ex-empereur pouvait légalement revendiquer comme son bien 75 millions de marks; cependant le gouvernement a décidé de ne lui allouer, provisoirement, que 600.000 marks » (*id.*). Quelques temps plus tard, le Kaiser demanda au gouvernement allemand « de lui avancer des sommes plus importantes sur ses biens personnels de façon à lui permettre d'acheter des propriétés en Hollande ». Le gouvernement mit un million de marks à sa disposition (*ibid.*, p. 532). « Il semble », ajoute E. DECAUX, « que par la suite le gouvernement se montra « très correct et même très large », envoyant quarante millions, suivis d'autres envois » (p. 110, note 28). Enfin, pour son installation, en juin 1920, au château de Doorn, le Kaiser put « retirer des palais de Postdam et de Berlin l'ameublement, les tableaux et l'argenterie qui s'y trouvaient » (V. COWLES, *Le Kaiser*, Plon, 1968, p. 447, cité par E. DECAUX, p. 113, note 42).

<sup>37</sup> À partir de janvier 1924, la République de Weimar versa au Kaiser une pension mensuelle de cinquante mille marks-or. Le frère et les fils de l'ex-empereur furent également pensionnés (M. MURET, *Guillaume II*, Fayard, 1940, p. 334, cité par E. DECAUX, p. 110, note 28 *in fine*). Parallèlement, l'ex-empereur continuait de toucher les revenus de ses propriétés en Allemagne — ces revenus étant, lors de l'arrivée de Hitler au pouvoir, remplacés par une indemnité annuelle à la discrétion du nouveau régime (V. COWLES, *op. cit.*, pp. 456-461, cité par E. DECAUX, p. 114, note 44bis).

<sup>38</sup> E. DECAUX justifie la passivité des alliés par leur souci de maintenir le « *statu quo territorial* », d'assurer, comme au temps du traité de Paris, la « tranquillité de l'Europe » (p. 114).

cadette »<sup>39</sup>, mais même l'Autriche tenta de s'emparer des joyaux de la famille de Habsbourg-Lorraine que l'ex-empereur avait emportés avec lui en Suisse : le 23 septembre 1920, la légation d'Autriche à Berne interrogea le département politique suisse sur le point de savoir « si l'extraterritorialité serait accordée aux membres de familles de souverains régnants ou anciennement régnants en ce qui concerne les biens qu'ils posséderaient éventuellement en Suisse »<sup>40</sup>. La réponse fut d'abord négative : « [l]e droit des gens ne connaît pas de dispositions prévoyant que les membres de familles anciennement régnantes jouissent des immunités et des privilèges diplomatiques. Certes, l'État de séjour peut concéder, pour des motifs politiques, un statut particulier à de telles personnes, mais celles-ci n'y ont pas droit en vertu de normes juridiques internationales. Il est également très douteux que ce statut particulier puisse aller jusqu'à l'extraterritorialité »<sup>41</sup>.

L'action projetée ne fut cependant pas introduite — l'échec de la première tentative de restauration ayant, en mars 1921, bouleversé la donne. Le gouvernement hongrois les ayant remerciées d'accorder l'hospitalité à « Sa Majesté le Roi Charles », que « la loi hongroise en vigueur » et « la situation générale de l'Europe » mettaient dans l'impossibilité « d'exercer le pouvoir royal »<sup>42</sup>, les autorités helvétiques se considérèrent, « bon gré, mal gré », obligées de « reconnaître à Charles de Habsbourg la qualité de souverain, d'un souverain dépouillé sans doute de tout exercice du pouvoir public, mais possédant encore la condition juridique de chef de l'État » — et de lui accorder en conséquence les privilèges et les immunités que le droit des gens

---

<sup>39</sup> E. DECAUX rapporte que la loi de bannissement « entraîn[ait] la réquisition de tous les biens de la famille impériale, y compris ceux dont « l'origine relevait du droit privé ». Un avoué du souverain dut fournir la « liste des biens que la famille impériale entendait revendiquer en propre comme constituant son patrimoine privé et inaliénable ». En fait, on s'aperçut « qu'une grande partie des biens impériaux étaient d'origine privée », notamment les collections d'art et les fidéicommiss des Habsbourg. Une nouvelle loi dut être votée le 30 octobre visant ces biens » (p. 115, note 48).

<sup>40</sup> Voy. l'avis de droit du Département politique suisse, situé par l'annotateur du *Répertoire suisse de droit international public* entre le 8 et le 14 février 1921, relatif aux immunités dont les membres de l'ex-famille régnante — alors considérés par la Suisse comme « personnes privées » à qui cet État « reconnaiss[ait] leurs titres, comme c'est en général le cas pour les étrangers occupant une haute position » — pouvaient ou non se prévaloir (*Rép. suisse dr. int. publ.*, t. III, pp. 1412-1415. L'extrait cité au texte figure à la p. 1413).

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1415.

<sup>42</sup> Le texte de la note, datée du 10 avril 1921, est reproduit dans le *Rép. suisse dr. int. publ.*, t. III, p. 1418 (avec la trad. française, pp. 1418-1419, note a), et dans les *Doc. dipl. suisses*, 1848-1945, vol. 8, p. 196.

attachait à cette qualité<sup>43</sup>. Celle-ci permit à l'ex-empereur de conserver la possession des bijoux de la famille impériale, qu'il fut bientôt contraint de mettre en gage pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa nombreuse suite<sup>44</sup> — avant de finir à Madère les

<sup>43</sup> Voy. la « note » de Ch. LARDY, Adjoint à la Division des Affaires étrangères du Département politique, datée du 16 avril 1921, « sur la question de savoir si Charles de Habsbourg avait droit actuellement en Suisse à l'extraterritorialité », *Rép. suisse dr. int. publ.*, t. III, pp. 1415 et s., ici, p. 1420. Le *Répertoire* publie sur la même question l'avis de droit de M. HUBER, daté du 10 mai 1921, concordant dans ses grandes lignes avec celui de Ch. LARDY (*ibid.*, pp. 1421 à 1427). Dès le 12 avril 1921, la Division des Affaires étrangères avait, dans une note adressée aux Légations de Suisse, déduit de la note de remerciement du gouvernement hongrois que « (...) la Hongrie reconnaît aujourd'hui formellement Charles IV comme roi Apostolique, ce qui est conforme à son droit constitutionnel et modifie la situation au point de vue du droit international, vu que, jusqu'à présent, on avait soigneusement évité de parler de la personne du souverain » (*Doc. dipl. suisses*, 1848-1945, vol. 8, pp. 196-197, je souligne). La position suisse ne se modifia pas. L'argument utilisé en avril 1921 se retrouve dans la proposition de réponse établie par le Département politique à une interpellation du conseiller national Grimm et d'autres parlementaires qui, en octobre 1921, avaient interrogé le Conseil fédéral sur les circonstances et les conditions de l'asile accordé au [r]oi Charles : « [a]u nom de son Gouvernement, le ministre de Hongrie à Vienne a transmis à notre ministre dans cette ville, le 10 avril 1921, une note aux termes de laquelle le Gouvernement hongrois, détenteur du pouvoir de fait et reconnu par nous *de iure*, qualifie Charles IV, de la façon la plus formelle et la plus solennelle, de roi apostolique de Hongrie (...). Du point de vue, seul pertinent pour nous, du droit international, Charles de Habsbourg doit donc être considéré par le Conseil fédéral comme souverain depuis le 10 avril 1921 » (*Rép. suisse dr. int. publ.*, t. III, p. 1429). La proposition de réponse, datée du 18 octobre 1921, précédait de quelques jours la seconde tentative de restauration.

<sup>44</sup> Le *Clunet* de 1922 rapporte qu'un juge bernois a, le 11 mars 1922, prononcé la levée du séquestre qu'un usurier de Francfort, qui avait consenti un prêt à l'ex-empereur, avait fait placer sur les bijoux de la famille impériale, et l'avait condamné à restituer sans délai les biens saisis à leurs propriétaires (p. 283). La situation financière de l'empereur déchu n'était guère brillante. D'une conversation avec le ministre d'Espagne à Berne, dont le pays, sollicité par l'Angleterre, la France et l'Italie d'accueillir l'ex-empereur, avait demandé à la Suisse un temps de réflexion, le président de la Confédération Schulthess avait retiré l'impression que les moyens de la famille impériale étaient plus que limités — l'ex-empereur étant contraint d'engager ses biens pour faire vivre les gens de sa maison : « [b]ei diesem Anlass möchte ich noch feststellen, dass König Karl — nach persönlichen Mitteilungen, die ich erhalten habe —, sich durch die Verpfändung wertvoller, offenbar dem Kaiserhaus gehöriger Sachen Mittel beschafft und bei Banken Kredit nachsucht. Die Ausgaben für ihn und seine Suite, worunter seine Mutter und eine Tante, zusammen 60-70 Personen, sollen sehr hoch sein. Ich gewann auch in vorstehend erwähntem Gespräch das Gefühl, dass man in Spanien fürchtet, Karl könnte nach kurzer Zeit nicht mehr über die nötigen Mittel verfügen, um seinen Hausstand aurecht zu erhalten » (*Doc. dipl. suisses*, 1848-1945, vol. 8, p. 292). Il semble qu'au château d'Hertenstein, on faisait payer très cher à Charles son séjour en Suisse, car, poursuivait le président Schulthess, « [v]or einigen Tagen war Herr Berger, Eigentümer des Hotel Hertenstein, bei mir um mich zu bitten, doch den Aufenthalt Karls weiter zu gestatten. Er habe ihm sein Hotel vermietet. Karl mache erhebliche Ausgaben, die der Umgebung zugute kommen (...). Es haben den Mann natürlich rein geschäftliche Interessen geleitet » (*ibid.*, p. 292). Les charges financières qu'une suite trop nombreuse imposait à l'ex-empereur inspirèrent quelque crainte aux autorités espagnoles que l'Angleterre, la France et l'Italie avaient pressenties pour lui donner asile : « [d]er Gesandte, rapporte encore le président Schulthess, sei auch beauftragt sich zu erkundigen, aus welchen Mitteln der König leben könnte und auf welchem Wege ihm solche zur Verfügung gestellt werden. Siedle der König nach Spanien über, so werden dort Vorbereitungen getroffen werden müssen. Er setze voraus, dass beispielsweise ein Schloss hergerichtet werden müsse. Der König von Spanien, der ohne jedwelches Privatvermögen sein, sodass er beispielsweise ein ihm gehörendes, vor einigen Jahren abgebranntes Schloss nicht mehr aufbauen könne, sein nicht gerade entzückt. Er fürchte wahrscheinlich, dass er Geld ausgeben müsse, um eines seiner Schlösser herrichten zu lassen und das nötige Geld hiezu müsste er wahrscheinlich entlehnen » (*ibid.*, pp. 290-291). L'Espagne mit par la suite des conditions financières strictes à l'accueil du roi exilé : « [u]m Zeit zu gewinnen », le ministre de ce pays en Suisse avait fait savoir à Charles « dass er sein Gefolge reduzieren müsste (...). Auch koste der Haushalt viel zu viel ». Parallèlement, ce pays entreprenait des démarches auprès des gouvernements français, italien et britannique pour qu'un apanage fût mis à charge de la

jours d'un exil impécunieux<sup>45</sup>, parce qu'il « ignorait les précautions qu'un Hohenzollern n'avait pas manqué de prendre »<sup>46</sup>...

C'est vers cette époque que commença à se manifester une « dégradation progressive du statut du monarque déchu »<sup>47</sup>, qu'ont notamment causée les décrets prononcés par le gouvernement des Soviets contre Nicolas II ou, dans une mesure moindre, par les Cortès constituantes de l'Espagne républicaine contre l'ex-roi Alphonse XIII. Il s'en est fallu de beaucoup que les actions entreprises sur leurs bases par les gouvernements révolutionnaires pour s'approprier devant des fors étrangers les avoirs confisqués rencontrassent le succès escompté. L'on rapporte seulement un jugement du tribunal de Berlin qui rejeta la demande en revendication que la famille Romanov avait formée sur l'immeuble de l'ambassade soviétique dans cette ville, prétendu constituer sa propriété privée. Le tribunal décida que « la propriété privée a[vait] été supprimée en Russie et que le bâtiment de l'ambassade ayant passé de ce chef au gouvernement des Soviets, lui seul en [était] le maître »<sup>48</sup>. L'effet extraterritorial ainsi reconnu à la mesure de confiscation peut surprendre, au regard de la vigueur avec laquelle furent rejetées ailleurs les prétentions du gouvernement soviétique. Sans doute, au contraire de la plupart de leurs collègues occidentaux qui à cette époque attachaient à la non-reconnaissance du gouvernement soviétique l'inapplicabilité de son droit, les juges allemands ne voyaient en principe guère d'objection à l'application de ce dernier<sup>49</sup>. La reconnaissance de la République

---

Hongrie (voy. les procès-verbaux des séances du Conseil fédéral des 23 et 28 sept. 1921, *ibid.*, pp. 340-341 et la note 3, p. 341). Dans sa séance du 14 octobre 1921, « l'Espagne ne s'étant toujours pas prononcée sur l'accueil du [r]oi Charles », le Conseil fédéral s'inquiéta à son tour des conséquences financières du prolongement de son séjour en Suisse : « (...) on insiste sur ce que, pour le cas où l'entretien du roi et de sa famille risquerait de tomber à la charge de la Confédération, il y aurait lieu de pourvoir à une réduction de la suite (...) » (*ibid.*, p. 341, note 4).

<sup>45</sup> « Aucun frais », précise E. DECAUX, « ne devant peser sur le Portugal, la Conférence des Ambassadeurs avait prévu de mettre à la charge des États successeurs l'apanage à verser à l'ex-roi interné à Madère » (p. 118, note 61, citant Ch. DE WERKMANN, *Le Calvaire d'un Empereur*, Payot, 1924, p. 299). Il n'en fut cependant rien, l'Italie d'abord, les autres pays ensuite ayant refusé d'acquitter la pension mise à leur charge. Après la mort de Charles, le 1<sup>er</sup> avril 1922, c'est le roi d'Espagne qui soutint la famille impériale (*id.*).

<sup>46</sup> Le mot célèbre de Jacques Bainville est cité par J. SÉVILLA, *Zita. Impératrice courage*, Paris, Perrin, 1997, p. 204.

<sup>47</sup> DECAUX, p. 133.

<sup>48</sup> *Clunet*, 1922, pp. 280 et 509, ici, p. 509, qui précise encore que « [l]a délégation des Soviets entrera en possession de l'immeuble dans quelques jours ».

<sup>49</sup> H. FREUND, « La Révolution bolchevique et le statut juridique des Russes. Le point de vue de la jurisprudence allemande », *Clunet*, 1924, pp. 51 à 62. L'auteur y explique notamment qu'en raison de son

socialiste fédérative des Soviets russes, intervenue dès le traité de Brest-Litowsk du 3 mars 1918 et confirmée par l'accord provisoire et les traités de paix postérieurs au traité de Versailles et à la cessation de la paix de Brest-Litowsk, leur interdisait du reste d'en décider autrement<sup>50</sup>. Cette explication ne pouvait pourtant suffire — même les partisans de la « loi effective » ayant toujours dénié aux autorités soviétiques le droit de poursuivre à l'étranger la récupération d'avoirs nationalisés<sup>51</sup>. Aussi bien la décision du tribunal de Berlin — presque saugrenue venant d'un pays « qui respecte

---

caractère exceptionnel, la clause d'ordre public (*Vorbehaltsklausel*) inscrite à l'ancien article 30 de la loi d'introduction au Code civil allemand ne pouvait être opposée au droit soviétique « pris en bloc » (pp. 52-53), et qu'« [il] serait oiseux de parler de l'immoralité des lois soviétiques » (p. 54). La question de l'application du droit soviétique se présentait à cette époque — comme elle se présente aujourd'hui toujours, s'agissant de l'application du « droit » émanant d'une autorité non reconnue — dans les termes d'une alternative, dont les présupposés philosophiques de chaque branche opposent les systèmes de *common law* aux systèmes de *civil law*. Les premiers, marqués par la dépendance du juge envers le pouvoir exécutif dans la conduite de la politique extérieure de l'État, font dépendre la solution du conflit de lois de la (non) reconnaissance par celui-ci de l'autorité étrangère. Les seconds, dominés par la libre détermination du juge, voient dans la question posée un problème d'interprétation et de mise en œuvre par le juge de ses règles de conflit de lois. Voy. déjà, à propos de la (non) reconnaissance d'État, D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale privato*, vol. I, *Introduzione Teorie generali*, 4<sup>e</sup> éd., reproduit dans *Opere di Dionisio Anzilotti*, t. I, Padoue, Cedam, 1955, p. 156, qui se prononçait avec netteté en faveur de la loi effective. Une courte synthèse figure dans A. P. SERENI, « L'annessione dell'Etiopia nella giurisprudenza », *Riv. dir. int.*, 1938, pp. 117 et s. L'état actuel de la question a été exposé par J. VERHOEVEN, « Relations internationales... », pp. 108 et s.

<sup>50</sup> H. FREUND, « Les rapports des traités russo-allemands et l'application du droit soviétique en Allemagne », *Clunet*, 1925, pp. 333 à 343.

<sup>51</sup> Ainsi le Tribunal fédéral suisse, qui, dans son célèbre arrêt *Hausner*, avait dénié à la succursale à Genève d'une société russe nationalisée le droit d'agir en justice, pour le motif que la non-reconnaissance du gouvernement soviétique « n'empêch[ait] pas » « le droit russe d'exister et de sortir ses effets » (10 déc. 1924, *Banque internationale de commerce de Pétrograd S.A. (succursale de Genève) c. Hausner*, *Clunet*, 1925, p. 488, égal. publ. dans *Rev. crit.*, 1925, p. 118, qui ajoute que « [l]e Tribunal fédéral ne peut que s'incliner devant le fait accompli et en enregistrer le résultat », ici, *Clunet*, 1925, pp. 489-490), n'en a pas moins estimé que l'actif de pareilles sociétés devait être remis, non au gouvernement soviétique, mais, après apurement du passif, à leurs anciens actionnaires (13 juill. 1925, *Wilbuschewitsch c. Autorité tutélaire de la ville de Zurich*, *Clunet*, 1926, p. 1110, égal. publ. dans A.T.F. 51 II 259, et *Ann. Dig.*, 1925-1926, n° 75, et 26 oct. 1929, *Heirs Prochorow et consorts c. Sulze S.A. et consorts*, *Rev. crit.*, 1932, p. 143, note TRACHTENBERG). Une attitude comparable s'observa en Hollande, où — dans des affaires intéressant elles aussi la nationalisation des sociétés russes — l'« efficacité » prêtée au droit soviétique (Amsterdam, 4 nov. 1942, *Herani Ltd. v. Wladikawkas Eisenbahngesellschaft*, N.J., 1943, n° 496, égal. publ. dans *Ann. Dig.*, 1919-1942 (suppl. vol.), n° 10, qui rapporte dans le jugement de première instance rendu le 11 juin 1940) fut à nouveau contenue dans les limites que permettait l'ordre public (Trib. La Haye, 9 mars 1933, *N.V. Trust Mij. « Helvetia » v. N.V. Assurantie Mij. « De Nederlanden van 1845 »*, N.J., 1933, 1662, égal. publ. dans *Ann. Dig.*, 1933-1935, n° 33, conf. par la Cour de cette ville, 3 juin 1937, N.J., 1937, n° 1168, p. 1675, égal. publ. dans *Ann. Dig.*, 1935-1937, n° 75). Il n'est guère qu'aux États-Unis — au lendemain de la reconnaissance du gouvernement soviétique — qu'un effet « extraterritorial » fut indirectement prêté aux nationalisations soviétiques. Le gouvernement américain, cessionnaire aux termes de l'accord dit de « Litvinov » des droits du gouvernement soviétique, fut en effet autorisé à mettre la main sur les avoirs des succursales des sociétés russes nationalisées établies sur son territoire — et ce, au mépris des droits des créanciers ou actionnaires américains. La prééminence d'un arrangement international par lequel le pouvoir exécutif dirigeait les relations extérieures de l'État sur l'ordre juridique américain ne paraît pas y avoir été étrangère (*United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 57 S.Ct. 758, et 81 L.Ed.2d 1134 (1937), égal. publ. dans *Ann. Dig.*, 1935-1937, n° 15, et *Clunet*, 1938, p. 568, et *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 62 S.Ct. 552, et 86 L.Ed.2d (1942), égal. publ. dans *Ann. Dig.*, 1941-1942, n° 13, et *Clunet*, 1940-1945, p. 75).



religieusement la propriété privée »<sup>52</sup> — contraste-t-elle avec une jurisprudence majoritaire, au regard de laquelle elle ne paraît pouvoir s'expliquer que par l'immunité de juridiction dont l'État défendeur pouvait se prévaloir dans le procès que lui faisait la famille de son ancien dirigeant à propos d'un immeuble affecté au service de son ambassade — immunité d'autant moins contestable que, je le répète, l'Allemagne avait dès 1918 reconnu le gouvernement des Soviets.

Ailleurs, pas plus que dans l'affaire célèbre au XIX<sup>e</sup> siècle du duc Charles de Brunswick, dont le frère puîné Guillaume, qui l'avait chassé du pouvoir, tenta vainement de s'approprier les biens sous le couvert d'une ordonnance d'interdiction prise pour cause de prodigalité<sup>53</sup>, aucun gouvernement révolutionnaire ne parvint à s'emparer des biens que l'ancien dirigeant avait placés à l'étranger.

<sup>52</sup> H. FREUND, « La Révolution bolchevique... », *op. cit.* in *Clunet*, 1924, pp. 58-59.

<sup>53</sup> Le texte de l'ordonnance, signée par le roi d'Angleterre et le duc Guillaume les 6 février et 14 mars 1833, et contresignée par les trois frères du duc Charles, les ducs de Cumberland, Cambridge et Sussex, est publié dans *Charles, Duke of Brunswick v. The King of Hanover*, (1844) 6 Beav. 1, égal. publ. dans 3 B.I.L.C. 113, ici 3 B.I.L.C. 113, pp. 114-115 et pp. 124-125. Ses dispositions principales sont reproduites dans *S.*, 1836, 2, pp. 70-71 et dans *Charles Frederik August William, Duke of Brunswick v. Ernest Augustus, King of Hanover, Duke of Cumberland and Teviotdale etc.*, (1848) 2 H.L.C. 1, égal. publ. dans 3 B.I.L.C. 138, p. 139. Les juges français rejetèrent assez sommairement la tentative des avocats du « curateur » de Charles, le duc de Cambridge, de se prévaloir, pour faire main basse sur la fortune que celui-ci avait accumulée en France, de l'« extraterritorialité » reconnue depuis l'école des Statuts aux lois intéressant l'état et la capacité des personnes. Le tribunal se montra à cet égard plus soucieux que la Cour d'entrer dans le détail de l'argumentation du demandeur. Il envisagea l'ordonnance conjointe du roi d'Angleterre et de Guillaume sous les deux aspects qui avaient été discutés devant lui : décision judiciaire, cette ordonnance était inefficace, l'interdiction ou la mise sous conseil judiciaire de Charles devant être poursuivie *de novo* en France suivant les voies légales disponibles dans ce pays; loi, elle ne pouvait davantage sortir ses effets, non seulement parce que l'article 3, alinéa 3 du Code civil n'était pas susceptible de recevoir l'interprétation bilatérale que lui prêtait le demandeur, mais surtout parce que, en fût-il ainsi, elle présentait un caractère « politique » qui faisait par principe obstacle à son application en France (Civ. Seine, 23 janv. 1835, *le duc de Cambridge c. le duc de Brunswick*, *S.*, 1836, 2, p. 78). Ce dernier motif fut seul retenu par la Cour, dont les deux attendus lapidaires donnent aujourd'hui encore à penser : « (...) l'acte des 6 février et 14 mars 1833, par sa forme, par l'autorité dont il émane, par la personne à laquelle il s'applique, par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, par les motifs sur lesquels il est fondé, est un acte essentiellement politique, dont les effets ne peuvent se régler par le droit civil; (...) un acte de cette nature ne peut affecter la capacité civile d'un étranger en France, et n'y peut recevoir aucune exécution » (Paris, Aud. solen. des 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réunies, 16 janv. 1836, *le duc de Cambridge c. le duc de Brunswick*, *S.*, 1836, 2, p. 78). Le duc de Cambridge, débouté, fut condamné à donner mainlevée des séquestres qu'il avait fait pratiquer sur les biens du défendeur ainsi qu'à lui verser des dommages et intérêts. L'épilogue est connu. Près de dix ans plus tard, le duc Charles agit devant les tribunaux anglais contre le duc de Cumberland, devenu roi de Hanovre, qui, à la mort de William IV d'Angleterre, avait succédé au duc de Cambridge dans ses fonctions de curateur. L'action, qui se donnait pour motif la nullité de l'acte d'interdiction des 6 février et 14 mars 1833, tendait à entendre condamner le roi de Hanovre à restituer au demandeur les biens — pour l'essentiel situés à Brunswick — qui lui appartenaient et dont celui-ci avait pris possession, ainsi qu'à rendre compte de sa gestion. Elle fut purement et simplement rejetée, pour le motif que, le roi de Hanovre, assigné en sa qualité de souverain étranger à propos d'un acte ayant valeur de « state document, and evidence of an Act of State », échappait aux tribunaux de Sa Majesté

Ainsi les banques espagnoles, contraintes de remettre au gouvernement républicain les avoirs déposés au nom d'Alphonse XIII, furent-elles systématiquement déboutées de leurs actions tendant à la restitution des dépôts que le souverain déchu avait effectués à l'étranger — singulièrement au Royaume-Uni et en Italie. Certaines décisions prirent pour fondement le défaut d'intérêt des banques à poursuivre la revendication d'avoirs dont elles ne prétendaient nullement, mais plutôt l'État espagnol, être propriétaires<sup>54</sup>. D'autres, la nature pénale du décret de confiscation espagnol — nature qui suffisait à leurs yeux à exclure que celui-ci pût faire l'objet d'une exécution à l'étranger<sup>55</sup>, voire d'une désignation par les règles ordinaires de

---

(*Charles, Duke of Brunswick v. The King of Hanover*, (1844) 6 Beav. 1, égal. publ. dans 3 B.I.L.C. 113, et *Charles Frederik August William, Duke of Brunswick v. Ernest Augustus, King of Hanover, Duke of Cumberland and Teviotdale etc.*, (1848) 2 H.L.C. 1, égal. publ. dans 3 B.I.L.C. 138).

<sup>54</sup> *De Bourbon c. Westminster Bank et Banque de Vizcaya*, *Rev. crit.*, 1934, p. 720, note NIBOYET. Le même motif est présent dans un jugement du tribunal civil de Rome statuant sur l'action en revendication formée par le souverain déchu sur les titres qu'il avait recueillis dans la succession de sa mère, la reine Marie-Christine, et que, sur l'ordre de celle-ci, le *Banco de Vizcaya* avait déposés auprès du *Credito Italiano*. Après avoir repoussé l'exception d'incompétence soulevée par la banque défenderesse, pour le double motif que le dépôt litigieux s'était formé en Italie et les biens revendiqués se trouvaient sur le territoire de cet État, le tribunal constata que le *Banco de Viscaya*, qui avait formé contre le roi une demande reconventionnelle, n'avait aucune qualité pour prétendre à la propriété des titres : « [Il Banco] non dice « le azioni sono mie », ma dice : le « azioni non possono consegnarsi al Re Alfonso, perché altri n'è divenuto successivamente il proprietario. Ora, dal momento che non rivendica un diritto proprio, nè ha la rappresentanza di chi a suo avviso avrebbe diritto alle azioni, è evidente che la sua eccezione e la sua domanda sono *de iure terzi* » (30 août 1933, *S.M. il Re Alfonso di Borbone-Austria c. Credito Italiano e Banca de Vizcaya*, *Foro it.*, 1934, I, col. 268, ici col. 273, note A. C., égal. rep., sous la date du 26 mai 1933, *Alphonse XIII c. Banque Credito Italiano*, dans *Rev. crit.*, 1934, p. 720, note NIBOYET et publié dans *Ann. Dig.*, 1935-1937, n° 72). L'arrêt d'appel contient une considération similaire, dont il fit plutôt un motif de fond : « [i]noltre il disposto impossessamento potrebbe giustificare una pretesa (si dice in ipotesi) dell'amministrazione dello Stato, in favore della quale fu decisa la confisca, ma, nella inerzia, o nel silenzio della stessa, non può essere lecito a qualunque privato (al Banco) di chiedere l'attuazione di un provvedimento che non lo riguarda direttamente » (5 juin 1934, *S.M. Alfonso di Borbone (ex re di Spagna) c. Credito Italiano e Banca de Vizcaya*, *Giur. it.*, 1935, I, 2, col. 288, ici col. 292, note).

<sup>55</sup> *Banco de Vizcaya v. Don Alfonso de Borbon y Austria*, [1935] 1 K.B. 140, égal. publ. dans [1934] All E.R. Rep. 555, 104 L.J.K.B. 46, 151 L.T.R. 499, 50 T.L.R. 284, et 7 *Ann. Dig.* 1933-1934, n° 56, p. 158, et rapp. dans [1935] 16 B.Y.B.I.L., p. 207, et Trib. civ. Milan, 17 janv. 1935, *S.M. Alfonso di Borbone (ex re di Spagna) c. Banca commerciale italiana e Banco Urquijo di Madrid*, *Giur. it.*, 1935, I, col. 288, également rapporté dans *Clunet*, 1935, p. 1056. La note au *Clunet*, non signée, approuve au motif que « c'est (...) un principe incontestable de droit international que la portée des mesures présentant un caractère pénal ou un caractère politique ne s'étend pas au-delà des frontières de l'État où elles ont été prises » (p. 1058). Dans cette dernière affaire, la banque espagnole qui avait servi d'intermédiaire dans l'acquisition et le dépôt, auprès d'une banque italienne, des titres de la reine Marie-Christine, avait également soutenu qu'en sa qualité de commissionnaire, elle était toujours demeurée propriétaire des titres litigieux. Le tribunal rejeta l'argument, au motif qu'en droit italien — loi, on le suppose, applicable au titre de la loi du lieu de conclusion du contrat de dépôt — la propriété des biens acquis par l'intermédiaire d'un commissionnaire passe au commettant (en l'espèce, la reine Marie-Christine) dès l'instant que celui-ci est avisé de leur acquisition et de leur individualisation — le comportement passé de la banque ne laissant au reste aucun doute quant à l'acceptation par elle de ce transfert immédiat. Rapp. *Lynch v. Paraguay Provisional Government*, [1871] L.R. 2 P. & D. 268, égal. publ. dans [1861-73] All E.R. Rep. 934, 40 L.J.P. & M. 81, 25 L.T.

conflit de lois <sup>56</sup>. Ces actions paraissaient, il est vrai, vouées d'emblée à l'échec, les banques ne pouvant alléguer à l'appui de leurs prétentions qu'un décret qui dans sa lettre ne visait que les biens *se trouvant au moment de la confiscation sur le territoire espagnol* — ce qui n'était pas le cas des titres revendiqués <sup>57</sup>...

Cette manière de « territorialité » forcée des décrets de confiscation — qui se pose en contrepoint de la pratique antérieure de leur « territorialité » consentie ou « autolimitée » — semble s'être confirmée dans l'affaire de l'ex-roi Farouk d'Égypte. C'est cette fois l'ancien souverain lui-même qui entendait se prévaloir, devant un étranger, des mesures dont il faisait l'objet dans son propre pays. Poursuivi devant les tribunaux de la Seine en paiement de diverses fournitures de haute couture, l'ex-roi tenta vainement d'exciper de la mise sous séquestre et de la confiscation générale de ses biens et de ceux de sa famille par le conseil révolutionnaire égyptien. Les juridictions saisies rejetèrent le moyen, considérant que « les lois égyptiennes sur la mise sous séquestre des biens du Roi et la confiscation des biens de la famille royale ne s'appliquent qu'aux biens situés en Égypte et sont sans effet sur l'application en France de l'article 14 [du Code civil]; il appartiendra au Roi Farouk, si son adversaire croit devoir saisir le juge égyptien de l'exequatur en vue de mesures d'exécution dans ce pays, de se prévaloir de ces textes dans le pays où ils sont applicables » <sup>58</sup>. L'ancien

---

164, 35 J.P. 761 et 19 W.R. 982, qui refusa de remettre aux représentants du gouvernement paraguayen l'actif successoral laissé en Angleterre par l'ancien dictateur de ce pays, dont les biens avaient été confisqués après son décès.

<sup>56</sup> Confirmant une décision déjà citée du Tribunal civil de Rome (ici, *Rev. crit.*, 1934, p. 726, et *Foro it.*, 1934, I, col. 274), la Cour de cette ville rejeta en termes étonnamment lapidaires l'argument que la banque demanderesse prétendait tirer de l'article 7 des dispositions préliminaires du Code civil italien, qui, à son jugement, soumettait les meubles à la loi nationale de leur propriétaire : « [i]n ultimo, è da osservare che le corti costituenti spagnuole dichiarano il Re colpevole di alto tradimento » con formula giuridica riassumendo tutti i delitti dell'atto di accusa », pronunciando una sentenza (...) oltre che dal contenuto, anche dalla espressa dichiarazione fatta nell'atto (...). In tali condizioni, parlare di leggi atte a stabilire la disciplina giuridica da applicare ai beni mobili del re Alfonso, in Italia, è del tutto ingiustificato, e non occorre dimostrare che una tale decisione non potrebbe avere efficacia in Italia sia per difetto di deliberazione, sia per il suo contenuto » (5 juin 1934, ici *Giur. it.*, 1935, I, 2, col. 292). La banque agissante paraît s'être à cet égard méprise sur la portée des règles italiennes de conflit de lois : l'article 7 des dispositions préliminaires du Code civil soumettait de toute façon les meubles à la loi du pays de leur situation — en l'espèce donc la loi italienne, et non la loi espagnole. Si cette dernière avait en l'espèce quelque vocation à s'appliquer, ce n'est pas au titre de loi applicable aux meubles, mais à celui de loi successorale — les successions étant, quant à elles, régies par la loi nationale du défunt (A.C., note citée, *Foro it.*, 1934, I, col. 268-269).

<sup>57</sup> Civ. Rome, 30 août 1933, ici *Rev. crit.*, 1934, p. 725 et *Foro it.*, 1934, I, col. 274, et Civ. Milan, 17 janv. 1935, ici *Giur. it.*, 1935, I, col. 297.

<sup>58</sup> Paris, 11 avr. 1957, *Ex-Roi d'Égypte Farouk c. S.A.R.L. Christian Dior, Chunet*, 1957, p. 716, note SIALELLI, égal. publ. dans 24 I.L.R. 228, et rapp. dans 6 *Whiteman Dig. Int'l L.* 585. Voy., dans une espèce

souverain avait ainsi, aux yeux du juge français, conservé en-dehors du territoire égyptien la pleine disposition de son patrimoine <sup>59</sup>.

La même « limitation territoriale » attendit, devant les juges new-yorkais, le décret de confiscation dont la République d'Irak frappa les biens de l'ex-roi Fayçal II, au lendemain de son assassinat, survenu le 14 juillet 1958. À la prétention du gouvernement irakien de s'emparer des avoirs que l'ancien roi avait déposés auprès d'une banque new-yorkaise, la Cour du district méridional de New-York opposa la double considération que l'ordonnance irakienne, ayant un caractère pénal, n'avait pas d'effet extraterritorial et que les lois de confiscation non assorties d'indemnisation heurtaient l'ordre public new-yorkais. Les biens de l'ex-roi devaient en conséquence être remis à sa veuve et à l'unique héritier qu'il avait laissé <sup>60</sup>. La motivation change quelque peu dans l'arrêt de confirmation rendu par la Cour du deuxième circuit : nulle

---

analogue, la décision libellée dans des termes quasiment identiques du tribunal civil de la Seine : « [L]es mesures de séquestre et de confiscation dont [l'ex-[r]oi] a été l'objet n'interdisent pas à ses créanciers français de le poursuivre devant les tribunaux français pour des obligations contractées envers eux en France (...). Ces créanciers devront se soumettre à la nécessité d'obtenir devant la juridiction égyptienne compétente une décision d'exequatur s'ils entendent procéder à des mesures d'exécution sur les biens confisqués » (Civ. Seine, 12 juin 1963, *Soc. Jean Dessès c. prince Farouk et Dame Sadek*, *Rev. crit.*, 1964, p. 689, note H. B.; *Clunet*, 1964, p. 285, note PONSARD — les notes concernent toutes deux le problème, étranger au présent propos, de l'obligation du mari à raison des engagements contractés par son épouse).

<sup>59</sup> Les juges saisis n'avaient au vrai pas à se prononcer sur l'étendue de l'efficacité dans l'espace des mesures égyptiennes de confiscation et de mise sous séquestre. Il leur était simplement demandé d'apprécier si ces mesures constituaient une circonstance de force majeure suffisante pour dispenser l'ancien souverain du respect de ses obligations civiles. La réponse négative qu'ils donnèrent à la question signifiait, sans doute, que l'ex-roi avait conservé dans son exil italien des moyens financiers suffisamment confortables pour faire face à ces obligations sans se condamner à l'indigence...

<sup>60</sup> *Republic of Iraq v. First National City Bank*, 241 F. Supp. 567 (S.D.N.Y. 1965), égal. rapp. dans 6 *Whiteman Dig. Int'l L.* 116, qui reproduit, en pp. 570-571 du 241 F. Supp., le texte de l'ordonnance irakienne de confiscation et de mise sous séquestre, datée du 19 juillet 1958, et cite, à titre de *persuasive precedent*, l'arrêt rendu en 1935 par la *King's Bench Division* dans *Banco de Vizcaya v. Don Alfonso de Borbon y Austria*. Consulté par l'avocat de la banque défenderesse, le Département d'État avait refusé de prendre position sur le fond : « [w]hile the recognition of and maintenance of diplomatic relations with a foreign government are political matters within the province of the executive department of the Federal Government, questions regarding the administration of estates and the determination of rights and interests in property in the United States ordinarily are matters for determination by the courts of competent jurisdiction. Accordingly, the Department considers that the legal effect of Ordinance N° 23 as it may pertain to title to property in the United States of King Faisal II is a question for determination by the competent United States court » (241 F. Supp., p. 573). Cette « » hands off » attitude" suffisait à l'estime de la Cour à distinguer le cas qui lui était présenté de ceux dans lesquels, suite au « Litvinov Assignment », des effets extraterritoriaux avaient indirectement été reconnus aux confiscations prononcées par le gouvernement soviétique. En l'espèce, aucune « overriding federal executive policy » ne venant perturber le jeu normal de la « New York policy », la Cour s'estima libre de déterminer à la lumière de celle-ci si des effets devaient être reconnus aux États-Unis aux mesures prononcées par le gouvernement irakien — par un jugement, précisa-t-elle, « which must be respected in the courts of the United States » (241 F. Supp., pp. 573-574).

référence n'y est faite au caractère territorial des lois de caractère pénal. En qualifiant l'ordonnance irakienne d'*Act of State*, la Cour plaça tout entière la question sur le terrain du droit fédéral. L'*Act* d'un État étranger, décida-t-elle, ne pouvait recevoir d'exécution sur le territoire des États-Unis que s'il était compatible (*consistent*) avec l'ordre public américain. Tel n'était pas le cas de la confiscation des biens d'une société, et pas plus de ceux d'un individu, » *even if he wears a crown* » <sup>61</sup>. À l'argument tiré par le gouvernement irakien de la règle de conflit de lois new-yorkaises qui soumettait les successions mobilières à la loi de l'État de résidence du défunt au moment de son décès, la Cour répondit que la loi rendue applicable ne pouvait être que celle qui était en vigueur à l'époque du décès, et qu'en toute hypothèse la doctrine de l'*Act of State* n'autorisait pas un État, par l'application de ses règles de conflit de lois, à donner au droit étranger un effet que ne permettait pas l'ordre public fédéral.

Que le gouvernement irakien ait en l'espèce cherché à justifier les mesures de confiscation par une accusation de détournement de fonds, dont les membres de la famille royale se seraient rendus coupables depuis leur accession au pouvoir <sup>62</sup>, ne paraît en l'espèce guère avoir infléchi l'attitude des juges. Le premier estima que non seulement il n'était pas établi que les avoirs litigieux, déposés à New-York, avaient été acquis en violation des lois irakiennes, mais encore, que « [i]n [his] opinion, the outcome of this case does not turn upon whether that claim [of the Iraqi Government] is true » <sup>63</sup>. Les juges d'appel lui donnèrent raison : « [f]oreigners entrusting their property to custodians in this country are entitled to expect this historic policy [la défaveur avec laquelle l'ordre juridique américain considère les décrets de confiscation] to be followed save when the weightiest reasons call for a departure. In

---

<sup>61</sup> *Republic of Iraq v. First National City Bank*, 353 F.2d 47 (2d Circ. 1965), égal. publ. dans 42 I.L.R. 29 et 7 A.I.L.C. 345, *cert. den.*, 382 U.S. 1027, 86 S.Ct. 648, et 15 L.Ed.2d 538 (1966), ici, 353 F.2d, p. 51, 42 I.L.R., p. 31, et 7 A.I.L.C., p. 347), citant lui aussi à titre de *persuasive precedent* l'arrêt rendu dans *Banco de Vizcaya v. Don Alfonso de Borbon y Austria*.

<sup>62</sup> Le texte de l'ordonnance de confiscation débutait par le préambule suivant : « [i]t is well known that the Iraqi Ex-dynasty has exerted its influence in Iraq to gain illegal wealth since its inception, as from 23rd Aug. 1921. Consequently, in accordance with the aims of the National Movement that have been achieved by the Iraqi Army supported by the people of Iraq with their consent on 14th July, 1958, for the realization of social justice and putting an end to the illegal exploitation, we issue the following ordinance : — (...) » (241 F. Supp., p. 570). De plus, le gouvernement irakien produisit le rapport d'une commission gouvernementale daté du 18 juillet 1961, qui établissait diverses malversations dans des acquisitions, principalement immobilières, au profit des descendants du roi Faïçal (*ibid.*, p. 571).

<sup>63</sup> 241 F. Supp., p. 571.

saying this we are not guilty of disrespect to the recitals in the preamble of the [Iraki] Ordinance; (...) the policy of the United States is that there is no such thing as a « good » confiscation by legislative or executive decree » <sup>64</sup>.

Et de même la junte éthiopienne eut beau, au lendemain de sa déposition, en 1974, clamer que l'empereur Hailé Sélassié avait placé en Suisse près de dix millions de dollars détournés d'une brasserie d'État et de la société des transports publics d'Addis Abeba. Elle se heurta à la même réticence, pour avoir soumis l'empereur au traitement sommaire de la confiscation <sup>65</sup>.

### § 3. — *En quête de maturité*

Or tout inaperçue que cette circonstance soit passée à l'époque, l'accusation de « détournements » semble marquer une rupture fondamentale, qui ouvre le troisième temps — celui de la quête d'une « maturité ». Maître de ses finances, le peuple républicain — ou d'une monarchie constitutionnelle dans laquelle, par une manière de transaction, le souverain a troqué ses biens personnels contre le versement d'une liste civile — peut demander des comptes à ses dirigeants, et le besoin s'en fait d'autant plus sentir que la compétition pour le pouvoir est désormais (relativement) ouverte, et le risque est grand qu'y parviennent des personnages que meut seulement l'appât du gain. Le contentieux relatif aux biens de l'ancien chef d'État se transforme à nouveau, car des responsabilités juridiques, à côté des devoirs politiques, pèsent désormais sur lui dans l'exercice du pouvoir. S'il n'est guère de raison, au lendemain de son départ de celui-ci, de confisquer sa fortune personnelle — mais au contraire, de lui verser une pension sur fonds publics — lorsqu'il a exercé ses responsabilités avec probité, ces mêmes responsabilités doivent par contre pouvoir être sanctionnées dans le cas où il y aurait failli — et ce, sur le terrain même où elles se placent : celui du droit.

<sup>64</sup> 353 F.2d, p. 52, 42 I.L.R., p. 32, et 7 A.I.L.C., p. 348.

<sup>65</sup> *Jeune Afrique Économie*, déc. 1991, p. 170.

La voie de la confiscation n'apparaît plus à ce moment que comme une survivance de l'époque où les gouvernements révolutionnaires cherchaient à « appliquer des peines au parti qui a[vait] succombé »<sup>66</sup>. Elle se présente comme une mesure sommaire, destinée à réparer un « préjudice » qu'aucun juge n'a constaté — à « se faire justice à soi-même ». Or, l'État demandeur puise dans les fautes commises par son ancien dirigeant bien autre chose que le prétexte à une mesure d'autorité : l'occasion de lui faire un procès : « the State », écrit Sir A. Watts en reprenant une observation faite par la Cour américaine du deuxième circuit<sup>67</sup>, « will be entitled to claim the return of State property; and in doing so the State is not effecting an extra-territorial confiscation of an ex-Head of State's private property, but merely seeking the recovery of its own »<sup>68</sup>; « [u]ne telle demande », souligne M. Verhoeven à propos de la confiscation, « ne peut (...) être confondue avec l'action par laquelle une autorité, loin de punir un souverain déchu, cherche seulement à obtenir la restitution des sommes ou biens que celui-ci s'est frauduleusement appropriés. Il n'est en effet plus question en pareil cas de donner purement et simplement effet à un acte discrétionnaire de souveraineté; il s'agit plus simplement de déterminer la mesure dans laquelle les tribunaux acceptent de rétablir dans ses droits une autorité étrangère, lorsque celle-ci se prétend victime d'une spoliation »<sup>69</sup>. À l'occasion de pareil procès, non seulement les droits de l'État victime sont sanctionnés, mais les principes mêmes du « gouvernement honnête » — pour reprendre l'expression que le gouvernement de Madame Aquino utilisera aux Philippines pour éliminer les scories de l'ère Marcos — sont proclamés. Ce qui explique que le troisième temps, assez nouveau, soit celui des procès<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> B. A. WORTLEY, « Problèmes soulevés en droit international privé par la législation sur l'expropriation », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 67, 1939, I, p. 401.

<sup>67</sup> « The complaint seeks recovery of property illegally taken by a former head of state, not confiscation of property legally owned by him » (*Republic of the Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344 (2d Circ. 1986), égal. publ. dans 81 I.L.R. 581 et annoté dans 81 A.J.I.L. 417 (1987), *cert. dismiss. sub. nom. Ancon Holdings, N.V. v. Republic of the Philippines*, 480 U.S. 942, 107 S.Ct. 1597, et 94 L.Ed. 2d 784 (1987); *cert. den. sub nom. New York Land Co. v. Republic of the Philippines*, 481 U.S. 1048, 107 S.Ct. 2178, et 95 L.Ed.2d 835 (1987), ici 806 F.2d, p. 360).

<sup>68</sup> p. 91 (notes omises), qui souligne que « [i]n practice, however, the distinction between private and State property is in this context often far from clear » (*ibid.*).

<sup>69</sup> « Sur la récupération... », p. 361.

<sup>70</sup> Sur cette nouveauté, voy. notamment P. E. BASS, « Ex-Head of State Immunity : A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy », 97 *Yale L. Journ.* 299 (1987), p. 305, et la remarque de P. WEISS devant un panel de l'*American Society of International Law* réuni à Boston sur le thème « Pursuing the Assets of Former Dictators », selon laquelle « (...) [t]he idea of suing heads of government for their economic crimes is a very new idea » (*A.S.I.L. Proceedings of the 81st Annual Meeting*, Boston (Massachusetts), Apr. 8-11, 1987, p. 397).

Il n'est pas difficile d'apercevoir que, pour le juriste ou, ce qui n'est pas forcément la même chose, pour toute personne qui s'intéresse à ce qui est juste, la perspective s'inverse radicalement. La frontière acquiert une autre signification. Elle n'est plus un rempart offert contre l'arbitraire d'une autorité politique, mais un obstacle érigé contre ses légitimes prétentions, un écueil sur le chemin de la justice. Celle-ci, qui se rangeait autrefois dans le camp de la défense, est aujourd'hui dans celui de la demande. Elle ne commande plus de consolider la frontière, mais de l'abattre — parce que des criminels ont abusé de ses bienfaits <sup>71</sup>. « If it is mainly a matter of subjective impression that today there is a greater tendency than in the past for debtors to default, or for those in a fiduciary position to abuse their trust », écrit à ce propos M. Collins, « it is certain that the widespread abolition of exchange controls and the growth of offshore heavens for cash and securities have made it easier for defaulters involved in international business to make themselves judgment proof, and for dishonest fiduciaries to enjoy the illegal fruits of breaches of trust » <sup>72</sup>.

Il faudrait se garder pourtant de caricaturer. Tous les nouveaux gouvernements n'ont pas pour eux la légitimité et l'absence de reproche dont ils se donnent l'apparence — « the officials who direct the action », écrit encore M. Collins, « may themselves be no better than the defendant »; « [t]he action may have purely political purpose » <sup>73</sup>. Le « procès » fait à l'ancien dirigeant pourrait n'être de la sorte qu'une manière plus insidieuse d'« abattre » un adversaire chassé, même injustement, du pouvoir. Et l'on aperçoit que tout l'enjeu de la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État, au fond bien peu juridique, est dans l'équilibre à respecter entre la *protection* due à toute personne contre d'« injustes contestations » et le *libre cours* qui doit être donné à la justice — équilibre, dit encore L. Collins, qui invite le

---

<sup>71</sup> La criminalité économique internationale procède par « Misbrauch des völkerrechtliches Instituts der Souveränität » — elle trouve « refuge » derrière la frontière (J.-B. ACKERMANN, *Geldwäscherei — Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den U.S.A. und der Schweiz*, Zürich, Schultess Polygraphischer, 1992, p. 326).

<sup>72</sup> « The Territorial Reach of Mareva Injunctions », [1989] 105 L.Q.R., p. 262.

<sup>73</sup> « Recovery of Stolen Property from Deposed Rulers », in *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 227.



juge à questionner la « *bona fides* » du gouvernement demandeur — et, ajoutera-t-on, celle de l'ancien chef d'État défendeur.

Voilà pourquoi, s'il entend se ranger du côté de ce que commande la justice, le juge saisi ne peut, souligne encore M. Collins, se déterminer que « on a case by case basis ». Ce n'est qu'à ce prix qu'il évitera les erreurs judiciaires qu'entraîneraient immanquablement, pour confortables qu'ils soient, des jugements de caractère *a prioristique*. La thèse apparaît déjà, qu'aucun obstacle de nature juridique ne s'oppose *a priori* à l'accueil de pareilles actions devant des fors étrangers. Pareils obstacles ne peuvent s'ériger qu'*a posteriori*, après que le juge saisi a soumis l'État étranger demandeur et son contradicteur au test de la « bonne foi ».

Trêve de commentaires cependant, il est temps d'exposer le résultat de mes recherches. Je les ai faites partielles — quitte à encourir les sarcasmes de M. Lalive, que « le juriste qui prétend former son opinion (...) sur la seule base de la jurisprudence — et encore de la seule jurisprudence *publiée*, si importante qu'elle soit — » faisait songer à l'archéologue « qui dépl[oi]e des trésors d'ingéniosité et d'imagination pour reconstituer, à l'aide de trois ou quatre inscriptions funéraires, toute une civilisation perdue »<sup>74</sup>. La comparaison, somme toute, me plaît assez — mais je me suis gardé de jouer à l'archéologue : j'ai gardé fermées les portes des *secrecy and tax havens* — celles, en particulier, de la zone franche de Colón, au Panama —, et j'ignore si quelque tentative de récupération y a été entreprise. Ce sont pour moi des civilisations irrémédiablement perdues, car je n'en ai recueilli pas même une inscription funéraire... Je crois que je n'aurais pu faire mieux cependant, la découverte, plus de douze ans après son départ du pouvoir, de « nouveaux » avoirs déposés auprès de banques suisses, londoniennes, new-yorkaises et de Hong Kong par l'ex-président philippin Ferdinand Marcos en disant assez sur la difficulté de mettre la main sur les documents probants<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> « Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 155, 1977, II, p. 70.

<sup>75</sup> *Journal de Genève*, 21 oct. 1997; 24 févr., et 28 févr. et 1<sup>er</sup> mars 1998.

## CHAPITRE 1<sup>er</sup> — L'EX-SHAH D'IRAN

*« Peut-être la plupart des faits que j'ai rapportés et de ceux que je rapporterai encore sembleront petits et indignes de l'histoire (...); mais on ne doit pas comparer ces Annales aux ouvrages composés par les historiens de l'ancienne république. (...) [C]e que je raconte successivement, ce sont des ordres barbares, de continuelles accusations, des amitiés trompeuses, la perte d'innocents condamnés, et tout cela n'offre qu'une monotone et fatigante uniformité »<sup>76</sup>.*

Il est difficile d'apercevoir si les mesures dont le gouvernement provisoire, puis le Conseil révolutionnaire islamique, frappèrent Mohammed Reza Pahlavi au lendemain du triomphe de la révolution<sup>77</sup>, le 11 février 1979, relèvent d'une voie « administrative » ou « judiciaire ». Les prononcés du Conseil révolutionnaire islamique se combinèrent avec les arrêts des tribunaux révolutionnaires de l'Islam, jusqu'à culminer dans le décret de confiscation des biens du shah, dont la promulgation fut annoncée le 3 mars 1979 par le vice-premier ministre du Conseil révolutionnaire<sup>78</sup>, et dans sa condamnation à mort par contumace, annoncée le 13 mai

---

<sup>76</sup> TACITE, *Annales*, livre quatrième, XXXII-XXXIII, trad. française d'après Burnouf, par H. BORNECQUE.

<sup>77</sup> Sur lesquelles voy. *Keesing's Contemporary Archives*, 1980, pp. 30145 et s.; *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, pp. 812 et s.

<sup>78</sup> *Keesing's Contemporary Archives*, 1980, p. 30149. La confiscation faisait suite à la diffusion d'informations selon lesquelles le shah avait fait transférer à l'étranger quelque sept milliards et demi de dollars à la veille de son départ, le 16 janvier, pour des « vacances de durée indéterminée ». Sa soeur

par le président des tribunaux révolutionnaires<sup>79</sup>. Cet apparent habillage juridique masque mal une vindicte qui rappelle « une pratique très ancienne de saisie des biens du souverain lorsque celui-ci est renversé par un gouvernement révolutionnaire »<sup>80</sup>.

Aussi n'est-il guère étonnant que les demandes de blocage et de restitution des avoirs de l'ancien shah et de sa famille, prétendus « propriété de l'État iranien », adressées par les nouvelles autorités iraniennes aux gouvernements suisse et américain se soient dans un premier temps heurtées, de la part de ceux-ci, à une fin de non-recevoir. Dans l'un et l'autre pays cependant, la situation ne manqua pas d'évoluer sur le plan proprement judiciaire — pour des motifs propres à chacun d'eux, et qu'il convient de tenir pour soigneusement distincts.

## SECTION 1<sup>re</sup>. — En Suisse

### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

Sollicité dès le 19 février 1979 « de faire le nécessaire afin qu'aucune aliénation de biens m[o]biliers ou immobiliers de la famille du [s]hah ne puisse être réalisée, tous ces biens appartenant à l'État iranien », le Conseil fédéral suisse refusa de prendre aucune mesure exceptionnelle que lui aurait permis l'article 102, chiffre 8, de la Constitution

---

jumelle, la princesse Ashraf, y aurait elle-même fait transférer près d'un milliard et demi de dollars. La fortune totale du shah était estimée de quinze à vingt-trois milliards de dollars (*id.*).

<sup>79</sup> *Id.* Le même président invitait « tous les musulmans » à tuer le shah « en quelque lieu qu'il se trouve », promettant une récompense de cent quarante millions de dollars à qui s'acquitterait de cette tâche, puis annonçant la constitution d'une « armée rouge » spécialement formée à cet effet. L'impératrice se vit promettre le pardon si elle consentait à tuer son mari. Il n'y avait là « rien d'autre qu'un vulgaire appel au meurtre » (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, p. 812, note 80), mais il fut pris très au sérieux : c'est de cette époque que date l'« errance » de l'ancien souverain, qui ne connut pas moins de sept lieux d'exil (l'on à peine à parler d'« asile »), tous provisoires, avant de s'éteindre au Caire, le 27 juillet 1980 (DECAUX, pp. 135-137).

<sup>80</sup> J. VERHOEVEN, « Sur la récupération... », p. 364, qui, pour le décret de confiscation des biens de l'ex-shah, renseigne la date du 28 février 1979.

fédérale, qui lui attribue le soin de « veille[r] aux intérêts de la Confédération au-dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux »<sup>81</sup>.

Dans sa réponse, datée du 21 mars, à une interpellation urgente du groupe socialiste<sup>82</sup>, le conseiller fédéral Furgler alléguait à l'appui de ce refus d'intervention le double motif que l'ordre juridique suisse était suffisamment équipé pour gérer la « crise » à laquelle le pays se trouvait en l'espèce confronté<sup>83</sup>, et que « [i]n der Welt, in der wir leben, wo Regierungen kommen und gehen », il fallait s'abstenir de créer un précédent qui contraindrait les autorités fédérales à édicter un droit d'exception au gré des changements de pouvoir intervenus à l'étranger<sup>84</sup>.

Aussi, en dépit de la menace de représailles économiques<sup>85</sup>, le Conseil fédéral se borna-t-il à inviter la République islamique à régler cette affaire « par la voie

<sup>81</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, p. 813. Sur l'article 102, ch. 8, voy. not. D. SCHINDLER, « Art. 102. ch. 8 », in *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Zürich, Schutless Polygraphiques et Berne, Staempfli & Cie, état oct. 1989, p. 41, n° 99 et pp. 46-47, n° 115 et s. Une liste des ordonnances, arrêtés et décisions adoptés depuis la fin de la première guerre mondiale sur la base du chiffre 8 de l'article 102 figure aux pp. 44-45, n° 110-111. Le Tribunal fédéral n'exerce sur les mesures prises sur la base de cette disposition qu'un contrôle restreint — en raison de leur caractère principalement politique (« vorwiegend politisch ») (A.T.F. 64 I 365; 64 I 371/372; 100 I b 318). Il est dès lors naturel qu'elle puisse servir de base à des mesures de « gel » d'avoirs alors, et peut-être même surtout, que, présentant un caractère provisoire, ces mesures n'ont pas de caractère confiscatoire (arg. D. SCHINDLER, *op. cit.*, p. 47, n° 117).

<sup>82</sup> Interpellation urgente du groupe socialiste. Relations avec l'Iran. Fortune du Schah en Suisse, B.O., 1979, C.N., pp. 354 à 361.

<sup>83</sup> « Bei der Beurteilung der Frage, ob die üblichen Instrumente, die wir in unserer Rechtsordnung haben, bezogen auf das Gesuch der iranischen Botschaft, ausreichen, kam der Bundesrat einmütig nach sorgfältigster Prüfung zum Schluss, dass er von dieser Kompetenz des Artikel 102 Ziffer 8 BV nicht Gebrauch machen muss (...) » (*ibid.*, p. 357). « (...) [I]m vorliegend Fall — und ich würde meinen, für die weitaus grösste Zahl der denkbaren künftigen Fälle —, die bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Meisterung der Probleme ausreichend sind » (*ibid.*, p. 359).

<sup>84</sup> « Soll dann bei jeder Regierungsänderung in irgendeinem Kontinent, bezogen auf die partnerschaftlichen Beziehungen zu diesem Staat, unser Bundesrat (...) eine Sondernorm schaffen, die alle bisherigen Verträge ausser Kraft setzt? Wie steht es dann mit der Glaubwürdigkeit dieses Rechtsstaates? Schaffen wir dann nicht eine Sondernorm nach der anderen? Werden wir dann nicht einfach Opportunisten? Soll es inskünftig genügen, dass irgendwann die neue Regierung irgendeines Staates uns brieflich oder durch Note mitteilt: « Wir hätten nun gern, dass Sie alles, was bisher geschehen ist, total ändern, sperren Sie die Güter unserer Vorgänger, liefern Sie uns alles aus! »? » (*ibid.*, pp. 357-358). La réponse du conseiller fédéral n'était pas exempte d'une certaine irritation: « (...) und wenn wir unter Druck oder aus Opportunismus Notrecht schaffen, dann laufen wir Gefahr, nicht nur uns selbst untreu zu werden, sondern unsern Staat zu gefährden (...). Ich werde mich (...) dagegen wehren, dass man aus opportunistischen Ueberlegungen Notrecht setzt; der Rechtsstaat ist und bleibt unsere Waffe — tragen wir ihr Sorge! » (*ibid.*, p. 361).

<sup>85</sup> Le 13 mars, le vice-premier ministre iranien Amir Entezam laissa, dans une déclaration faite à la Télévision Suisse Romande, entendre que le refus de restituer les biens du shah pouvait exposer la Suisse à des sanctions économiques: « [s]i le gouvernement suisse persistait à refuser les propositions du gouvernement iranien, il est probable qu'après avoir examiné la question, le gouvernement iranien serait

juridictionnelle ordinaire »<sup>86</sup> — non sans lui avoir au préalable remis, par le truchement de son ambassadeur à Téhéran, des informations tant à l'égard des voies de droit qui étaient à sa disposition en Suisse qu'à celui des propriétés immobilières, connues *via* l'administration du cadastre, que l'ancien souverain et les membres de sa famille possédaient dans ce pays<sup>87–88</sup>.

## § 2. — La phase « judiciaire »

C'est sur ces propriétés immobilières — à défaut sans doute de pouvoir localiser les autres avoirs, dont l'ex-shah lui-même s'était déclaré incapable d'indiquer l'emplacement parce que la majorité de ses investissements avaient été réalisés sous des noms d'emprunt<sup>89</sup> — que les autorités iraniennes concentrèrent les tentatives de récupération qu'elles formèrent devant la justice helvétique. Par un remarquable changement de stratégie, elles s'abstinrent de se prévaloir devant elle du décret de confiscation qui, en mars 1979, les avait investies de la propriété des avoirs de l'ancien shah et des membres de sa famille. Bien plutôt donnèrent-elles à leurs revendication l'apparence d'une demande de nature civile, fondée sur des mécanismes de responsabilité contractuelle. C'est la raison sans doute pour laquelle c'est la banque

---

amené à prendre de son côté des décisions concernant ses relations commerciales et économiques avec la Suisse, décisions qui ne plairont peut-être pas tellement au gouvernement suisse » (*Rev. gén. Dr. int. publ.*, 1979, p. 813, citant le *Journal de Genève* du 14 mars 1979). La réaction de M. Entezam est présentée de façon plus nuancée par le conseiller fédéral Furgler, qui rapporte que le vice-premier ministre se déclarait prêt à « examiner votre proposition quant à notre recours aux tribunaux suisses en vue de restituer ces fortunes qui sont bloquées. Peut-être une solution sera ainsi trouvée et (...) parviendrons-nous à atteindre le résultat escompté en ayant recours aux tribunaux ou aux autorités suisses (...) » (B.O., 1979, C.N., p. 360), qui critique la T.S.R. d'avoir par une émission imprudente compromis les intérêts de la Confédération et la sécurité des Suisses vivant en Iran (*ibid.*, pp. 360-361).

<sup>86</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, p. 813.

<sup>87</sup> B.O., 1979, C.N., resp. pp. 360 et 359.

<sup>88</sup> L'ampleur et la localisation des avoirs mobiliers que l'ex-famille impériale possédait en Suisse demeura par contre secrète. La Banque nationale suisse fit bien procéder à une enquête sur les avoirs iraniens déposés auprès des vingt-cinq principaux établissements bancaires de la Confédération, mais elle s'abstint de fournir aucune indication sur la part de la fortune personnelle de l'ancien shah dans ces avoirs (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, p. 813). L'on apprit par la suite que celle-ci, moins importante qu'on ne le pensait, s'élevait en décembre 1978 à cinq cent six millions de francs suisses, plus neuf cent vingt-six millions d'engagements à titre fiduciaire, et les propriétés immobilières (*ibid.*, 1980, p. 1111).

<sup>89</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1980, p. 1112.

centrale iranienne, la Banque Markazi Iran, et non l'État iranien, qui prit en Suisse la qualité de demanderesse.

La banque se prétendait investie, à l'égard des héritiers de l'ancien shah, d'une double créance — pour un montant approchant au total les deux cent soixante millions de francs suisses. La première résultait du solde négatif en compte courant, d'un import de quelque cent mille francs suisses, que l'ex-shah avait à son départ laissé dans les livres d'une banque privée, la banque Y., fondée par lui dans les années '60, et dont la Banque Markazi avait repris les activités au lendemain de la révolution. La seconde — de loin la plus volumineuse — des prêts que cette même banque avait, dans le courant de l'année 1978, consentis à une société V. dont les actions appartenaient en quasi-totalité aux membres de la famille Pahlavi <sup>90</sup>.

À aucun moment les juges saisis ne paraissent avoir douté de la recevabilité des demandes introduites devant eux — et cela, alors même qu'un avis de droit de la Division fédérale de la justice du 11 août 1978, antérieur de peu d'années à l'introduction de la procédure, avait fait savoir qu'une jurisprudence bien établie jugeait irrecevables en Suisse, et non susceptibles d'exécution forcée dans ce pays, les prétentions d'un État étranger fondées sur des dispositions de son droit public — la question, ajoutait l'avis de droit, de savoir si une demande rentrait dans la catégorie des « demandes de droit public » (*öffentlichrechtliche Ansprüche*) devant se résoudre à la lumière des « conceptions juridiques suisses » (*schweizerischen Rechtsvorstellungen*) <sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Les allégations de la banque demanderesse se divisaient sur ce point en trois prétentions distinctes. La première était relative à un crédit de quinze millions de dollars ouvert en mai 1978 par la banque Y. à la société V., dont le fiduciaire de la famille impériale avait directement disposé, et dont la destination finale lui était demeurée inconnue. La deuxième avait trait au détournement, intervenu dans le courant de la même année 1978, au profit des membres de la famille impériale, du produit de la vente d'un immeuble appartenant à la société V. initialement être destiné à l'apurement d'une dette que cette société avait envers la banque Y. La troisième, enfin, se rapportait à divers prêts, d'un montant total de près de sept cent cinquante millions de Rials, consentis en octobre 1978 par la banque Y. à divers membres de la famille impériale, dont une fille et une soeur de l'ex-shah, et qui avaient été inscrits, dans les livres de cette banque, à charge de la société V. (voy. sur le détail de ces diverses prétentions Trib. féd., I. Zivilabt., 16 nov. 1994, *Bank X. g. Erben des P.*, inédit, 4C.87/1994, pp. 8 à 11, consid. 5 a à c).

<sup>91</sup> J.A.A.C., n° 42-43 (1978-1979), n° 130, pp. 555 à 557. Adde l'avis de droit de la Division fédérale de la justice du 22 juin 1978, qui, contrairement à la qualification qu'elles reçoivent selon leur propre droit, considèrent que les créances françaises de sécurité sociale sont des créances de droit public et qu'à ce titre, « elles ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée en Suisse » — la Division de la justice ajoutant que cette solution est, mieux qu'une invocation systématique de l'exception d'ordre public, de nature à garantir une égalité de traitement entre les débiteurs français et suisses de cotisations de sécurité sociale, poursuivis en paiement en Suisse (J.A.A.C., n° 42-43 (1978-1979), n° 131, pp. 557 à 560, ici, p. 560).

Sans doute, la présentation que la banque demanderesse avait faite de ses prétentions aux termes de l'acte introductif d'instance et, on le suppose aussi, de ses conclusions, comme un litige d'ordre « privé » né tout à la fois des relations d'affaires qu'un établissement bancaire privé, aujourd'hui nationalisé, avait poursuivies dans le passé avec son ancienne clientèle, et des fautes que les membres de la famille Pahlavi avaient en leur qualité d'actionnaires majoritaires commises dans la gestion d'une société commerciale, avait-elle porté. L'on ne peut s'empêcher de songer pourtant que c'était, derrière les traits de la banque centrale d'Iran, l'État iranien lui-même qui se dessinait, dans un procès qui trouvait son fondement dans le mode dont l'ex-shah avait assumé l'exercice du pouvoir, et dont les implications politiques ne pouvaient être sous-estimées... Quoiqu'il en soit, c'est au fond des arguments invoqués que les juges helvétiques s'attachèrent, pour rejeter finalement l'essentiel des prétentions alléguées devant eux.

Dès le mois de janvier 1981, la Banque Markazi Iran, se prévalant de l'ancien article 271, 4° de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (L.P.)<sup>92</sup> — aux termes duquel un créancier pouvait obtenir le séquestre des biens de son débiteur lorsque ce dernier « n'habit[ait] pas en Suisse » (*Ausländerarrest*)<sup>93</sup> —, avait obtenu la mise sous séquestre du chalet, dénommé « Suvretta », que l'ex-shah possédait à Saint-Moritz et du mobilier qui le garnissait<sup>94</sup>. Le séquestre garantissait,

<sup>92</sup> R.S. 281.1.

<sup>93</sup> Cette disposition qui, combinée avec l'article 4, L.D.I.P., organisait en Suisse un *forum arresti a*, depuis lors, été modifiée (loi fédérale du 16 déc. 1994, R.O., 1995, p. 1227). La révision, qui s'inscrit dans une tendance défavorable, en droit comparé, à ce chef de compétence exorbitant, généralise, lorsque le créancier ne dispose pas d'un titre exécutoire, l'exigence de *Binnenbeziehung* que le Tribunal fédéral avait posée déjà pour le séquestre des biens d'un État étranger (I. öff. Abt., 19 juin 1980, *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya g. Libyan American Oil Company et al.*, A.T.F. 106 Ia 142, égal. publ. dans *J.d.T.*, 1982, II, p. 66, ici A.T.F. 106 Ia, pp. 148-149, consid. 3b et 4) — en substituant il est vrai à la notion de « rapport étroit » (*enge Beziehung*) utilisée par le Tribunal fédéral celle de « rapport suffisant » (*genügender Beziehung*). Cf. le Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991, concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, F.F., 1991, III, pp. 187 et s.

<sup>94</sup> L'ex-shah avait acquis ce chalet dans les années '60, pour une somme qui avoisinait alors le million et demi de francs suisses (B.O., 1979, C.N., p. 359). Il semble qu'à la fin de juillet 1979 le gouvernement iranien ait demandé à l'Office du cadastre de Saint-Moritz de lui remettre les documents relatifs à cette acquisition. Il se heurta à un refus, confirmé par le Conseil d'État du canton des Grisons. Au mois de décembre 1979, le gouvernement iranien introduisit contre cette décision un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. Il le retira cependant en mai de l'année suivante, sans qu'aucune décision soit intervenue (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1980, p. 1111) — sans doute parce que les documents nécessaires à l'introduction de l'action lui avaient été communiqués par une autre voie.

respectivement, le remboursement d'une somme de douze millions et de cent mille francs suisses <sup>95</sup>.

Il s'agissait encore d'obtenir contre les héritiers de l'ex-shah un titre exécutoire. Cela pouvait se faire par deux voies, que la banque emprunta l'une et l'autre. La première consistait à obtenir l'*exequatur* d'une décision rendue le 6 septembre 1982 par le tribunal civil de Téhéran, prononcée par défaut contre les héritiers de l'ancien shah, et qui contenait à leur charge une condamnation à un montant total de près de dix milliards et demi de Rials. L'*exequatur* recherché fut refusé, pour le motif que, les défendeurs n'ayant pas été régulièrement convoqués, la décision invoquée heurtait les principes de l'ordre public suisse et le respect dû aux droits de la défense <sup>96</sup>.

La seconde voie, guère plus fructueuse, consistait, conformément à l'article 278 L.P., à poursuivre directement en Suisse la validation du séquestre (*Prosequierung des Arrestes*). L'action de la banque fut à cette fin portée dès le 15 juin 1981 devant le *Bezirksgericht* de Maloja — avant d'être soumise en degré d'appel au *Kantonsgericht* des Grisons et en degré de cassation au Tribunal fédéral. L'action fut au fond soumise à la loi suisse. Celle-ci s'appliquait en tant que « droit de substitution » (*Ersatzrecht*), sur la double base de l'article 16, al. 2, de la loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) — que doublait en l'espèce l'article 117, al. 2, du Code de procédure civile du canton des Grisons —, aux termes duquel « [l]e droit suisse s'applique si le contenu du

---

<sup>95</sup> La propriété étant à cette époque donnée en location à l'ancien premier ministre italien, Silvio Berlusconi, les loyers (plus de trois cent milles francs suisses par an) en furent consignés entre les mains des autorités de poursuite de la haute Engadine, dans l'attente d'une décision définitive sur la créance qui servait de base à la demande (*Neue Zuercher Zeitung*, 18 juill. 1995).

<sup>96</sup> Les héritiers de l'ex-shah n'avaient été informés de la procédure introduite en Iran que par un avis paru au journal officiel iranien du 2 juin 1982, qui avait fixé la date des plaidoiries au 15 janvier 1983 à 9 heures, et qui avait été lui-même suivi, quelques jours après sa publication, d'un avis rectificatif, paru cette fois dans la revue iranienne « Bourse », annonçant que la date des plaidoiries avait été avancée au 6 septembre 1982 à la même heure. De tels avis n'étaient à l'estime du tribunal pas suffisants à garantir le respect des droits de la défense, non seulement parce qu'ils n'avaient été publiés qu'*après* l'introduction de la procédure, qui remontait elle-même au 31 mai 1981, mais aussi parce qu'ils n'établissaient pas que les défendeurs en avaient été informés personnellement ou par l'intermédiaire de leur mandataire. Il ne ressortait en outre pas du dossier de la procédure que la banque demanderesse ou le tribunal civil de Téhéran avaient employé tous les moyens en leur possession pour découvrir où les défendeurs avaient fixé leur résidence, ni que pareils moyens avaient échoué. Le défaut d'information des défendeurs était en l'espèce d'autant plus inexcusable que cette résidence était « *allgemein bekannt* » — ce qui devait exclure toute mesure similaire à une *Ediktalzititation* (ou « signification à parquet ») (*Kantonsgerichtspräsidium Graubünden*, 27 sept. 1983, *Bank Markazi Iran g. Erben Pahlavi*, P.K.G., 1983, n° 48, p. 152). Le recours de droit public formé contre cette décision a été rejeté par le Tribunal fédéral, dans un arrêt demeuré inédit du 24 janvier 1985.



droit étranger ne peut pas être établi », et de l'accord des parties qui, à aucun moment, n'avaient contesté l'application de cette loi <sup>97</sup>. Dans un arrêt du 6 octobre 1993, le *Kantonsgericht* des Grisons déclara sur sa base la demande fondée, mais en tant seulement qu'elle concernait le solde négatif en compte courant que l'ex-Shah avait laissé dans les livres de la banque Y. La seconde partie de la demande, relative aux prêts consentis par cette même banque à la société V., fut rejetée pour le triple motif — que celle-ci était dotée d'une personnalité juridique distincte; — que ses actionnaires ne pouvaient en droit suisse être tenus pour personnellement responsables des engagements contractés par elle sur l'unique base, alléguée par la demanderesse, qu'elle dépendait entièrement d'eux ou que les engagements qu'elle avait souscrits poursuivaient un but contraire à son objet; — et qu'enfin, les conditions posées par le droit suisse au « percement » du voile de la personnalité juridique de cette société (*Durchgriff*) n'étaient pas réunies par la simple allégation qu'elle s'était livrée à des « opérations douteuses » (*absonderliche Tätigkeiten*). La décision fut, en degré de cassation, confirmée par le Tribunal fédéral qui, s'appuyant sur les constatations de fait du *Kantonsgericht*, estima que les allégations de la banque demanderesse ne suffisaient en l'espèce pas à démontrer l'« abus de l'institution » (*Institutsmisbrauch*) justifiant seul, en droit suisse des sociétés, la levée du voile de la personnalité juridique <sup>98</sup>.

La Banque Markazi Iran dut donc se contenter du paiement de la somme d'un peu moins de cent mille francs suisses — qui, on le suppose, furent prélevés sur le montant des loyers bloqués entre les mains des autorités de poursuite de la Haute Engadine. Le surplus de ces loyers, en même temps que le chalet lui-même et son mobilier, fut restitué aux héritiers de l'ancien Shah — cette restitution mettant, semble-t-il, un point final aux procédures entreprises en Suisse contre les membres de la famille Pahlavi <sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Arrêt 4C.87/1994, pp. 4-5, consid. 2.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 11 et s., consid. 6.

<sup>99</sup> *Neue Zuercher Zeitung*, 18 juill. 1995. — Comp. Trib. féd., Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 12 mars 1992, *Pahlavi*, A.T.F. 118 II 63, déniait à un ancien employé de la maison impériale iranienne qui, au décès de l'ex-shah, était passé au service de son fils Reza, le droit de séquestrer la part successorale que celui-ci détenait dans le chalet « Suvretta », pour le motif que la part d'un débiteur domicilié à l'étranger dans une succession ouverte à l'étranger était un bien extraterritorial, non susceptible de séquestre en Suisse, encore qu'un immeuble dépendant de la succession fût situé dans ce pays.

## SECTION 2. — Aux États-Unis

### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

C'est pour l'essentiel vers les États-Unis — pays dans lequel, selon des informations généralement admises, la famille Pahlavi avait effectué le gros de ses investissements <sup>100</sup> — que se portèrent les tentatives de la République islamique de récupérer les avoirs de celle-ci. Le 2 mai 1979, le ministre iranien des Affaires étrangères annonça que son gouvernement avait adressé aux États-Unis une demande, similaire à celle présentée quelques mois plus tôt aux autorités helvétiques, de geler les avoirs de la Fondation Pahlavi et de les restituer à l'Iran <sup>101</sup> — demande qui laissa les autorités américaines de marbre.

L'hospitalisation inopinée de l'ex-shah, le 22 octobre 1979, au *Cornell Medical Centre* de New-York, pour y subir un traitement du cancer dont il souffrait depuis plusieurs années, devait modifier la donne <sup>102</sup>. « Profitant » en quelque manière du séjour de l'ancien shah et de son épouse, l'ex-impératrice Farah, à New-York, l'Iran saisit au mois de novembre les juridictions de cet État d'une action dirigée contre eux et tendant à la restitution d'une somme de trente milliards de dollars que le couple impérial, abusant de la confiance du peuple iranien, lui aurait frauduleusement soustraite — somme qui se trouvait augmentée de quelque vingt-six milliards et demi de dollars postulés à titre d'*exemplary damages* <sup>103</sup>. La restitution postulée devait, à titre d'*equitable*

<sup>100</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1979, p. 813.

<sup>101</sup> *Keesing's Contemporary Archives*, 1980, p. 30149.

<sup>102</sup> Lors d'une conférence de presse organisée à Paris le 23 décembre, le ministre iranien du pétrole, M. Ali Akbar Moinefar, accusa l'ancien secrétaire américain d'État Henry Kissinger et le président de la Chase Manhattan Bank David Rockefeller — qui comptaient l'un et l'autre parmi les amis personnels de l'ancien shah —, d'avoir organisé le voyage de celui-ci à New-york dans l'espoir que ce geste radicaliserait le contentieux irano-américain et conduirait le président Carter à geler les avoirs iraniens qu'il avait déposés dans cette banque au nom de l'Empire iranien (*Keesing's Contemporary Archives*, 1980, p. 30123). Ces accusations sont relayées par M. ALERASSOOL, *Freezing Assets. The U.S.A. and the most Effective Economic Sanction*, London, Macmillan Press et New-york, St. Martin's Press, 1993, pp. 21 et s.

<sup>103</sup> *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi*, N.Y.L.J., Sept. 16, 1981, p. 6 (Sup. Ct. Sept. 10, 1981), *aff'd*, 464 N.Y.S.2d 487, 94 A.D.2d 374 et 81 I.L.R. 557 (A.D.1 Dept. 1983), *aff'd*, 467 N.E.2d 245, 478 N.Y.S.2d 597, 62

*reliefs*, prendre la forme d'un *accounting* de l'ensemble des biens acquis par les défendeurs en leur nom ou par l'intermédiaire de la Fondation Pahlavi et d'« autres fondations, sociétés ou associations » pendant que le shah était au pouvoir, de l'imposition d'un *constructive trust* sur l'ensemble de ces biens en quelque pays qu'ils se trouvassent, et, dans l'attente de la solution du litige, de l'octroi d'une *injunction* interdisant aux défendeurs d'en disposer <sup>104</sup>. Parallèlement, un tribunal révolutionnaire islamique siégeant à Téhéran adressait à la justice américaine une demande d'extradition de l'ex-shah, pour qu'il répondît des accusations dirigées contre lui — notamment celle d'avoir « pillé » le Trésor public iranien <sup>105</sup>.

Surtout, les événements eux-mêmes ne tardèrent pas à se précipiter. Le 4 novembre, un groupe d'étudiants en armes s'empara des locaux de l'ambassade américaine à Téhéran et prit les membres de son personnel en otage, comme monnaie d'échange contre la livraison de l'ancien shah et la « restitution » de sa fortune. Il n'est pas certain que les autorités iraniennes aient été préalablement mises au courant du projet des étudiants, ni qu'elles l'aient approuvé. Ni le Conseil révolutionnaire, ni le gouvernement ne cherchèrent cependant directement à mettre fin à la prise d'otages <sup>106</sup>, et il revint en définitive au *Majlis*, le parlement iranien convoqué par les élections des 14 mars et 3 avril 1980, de définir près d'un an après la prise d'otages les conditions de leur libération — ce qui achevait de donner à leur détention l'allure d'un acte officiel, engageant la responsabilité de l'Iran sur la scène internationale <sup>107</sup>. Au premier rang de ces conditions se trouvait la « restitution » des avoirs de l'ancien shah <sup>108</sup>.

---

N.Y.2d 474, 57 A.L.R.4th 955, note McMAHON, et 81 I.L.R. 557 (N.Y. 1984), *cert. den.*, 469 U.S. 1108, 105 S.Ct. 783 et 83 L.Ed.2d 778 (1985). La demande alléguait que l'ex-shah, avec la collaboration de l'ex-impératrice, « abused his position of trust and confidence to enrich himself, certain members of his government and friends, by diverting government funds and property to his own use or the use of others, and accepting payments, bribes, interests in business ventures, and other things of value in exchange for the grant of government favors, contracts, licenses, franchises and other public benefits. The Shah enriched himself through various schemes carried out secretly with the aid of loyalist government employees, businessmen, and others, in a massive plan to defraud the government and the citizens of Iran, which secret and fraudulent activities continue to the date hereof » (N.Y.L.J., Sept. 16, 1981, p. 6, col. 3).

<sup>104</sup> *Id.* L'Iran produisait à l'appui de sa demande une liste de « two and one-half pages of single-spaced typewritten entries of property of all kinds throughout the world allegedly owned or controlled by defendant and the royal family through the Pahlavi Foundation » (467 N.E.2d, p 248).

<sup>105</sup> *Keesing's Contemporary Archives*, 1980, p. 30212.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 30150.

<sup>107</sup> C.I.J., 15 déc. 1979, *Rec.*, 1979, pp. 7 et s., et 74 A.J.I.L. 266 (1980) (mesures conservatoires), et surtout 24 mai 1980, *Rec.*, 1980, pp. 3 et s., et 74 A.J.I.L. 746 (1980) (fond).

<sup>108</sup> *Keesing's Contemporary Archives*, 1981, p. 31082, et *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1980, pp. 1115 et s. Les

Aussi n'est-il pas étonnant que celle-ci figurât en bonne place des Accords d'Alger qui, le 19 janvier 1981, apportèrent une solution négociée à la crise des otages <sup>109</sup> — <sup>110</sup>.

États-Unis étaient invités à « reconnaître » « the measures taken by Iran and their effectiveness in asserting its sovereignty in confiscating the assets of the cursed shah and his close relatives, whose assets, according to Iranian laws, belong to the Iranian nation ». La commission invitait en outre le président des États-Unis à « issue an order concerning the identification and seizing of these assets and take all the necessary administrative and legal measures to transfer all these assets and property to Iran » (*Keesing's Contemporary Archives*, 1981, p. 31082). Les autres conditions posées à l'« amnistie » des otages — selon des termes empruntés au communiqué de presse diffusé le 12 septembre 1980 par le bureau de l'Ayatollah Khomeiny (*id.*) — étaient l'engagement des États-Unis de ne pas intervenir politiquement et militairement dans les affaires de l'Iran, la libération des capitaux iraniens gelés à la suite de l'*Executive Order No. 12170* pris le 14 novembre 1979 par le président Carter, et la levée de toutes les décisions économiques et financières prises à l'encontre de l'Iran, de même que l'« annulation » (*nullification*) de toutes les réclamations aux fins d'indemnités formées contre l'Iran par des organismes ou ressortissants américains (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1980, p. 1117).

<sup>109</sup> Les « Accords d'Alger » consistaient en cinq documents distincts. Les deux premiers, datés du 19 janvier 1981, prenaient la forme de déclarations du gouvernement algérien, paraphées par les États-Unis et l'Iran. Elles étaient intitulées « Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria », ou *General Declaration* (1 *Iran-U.S. C.T.R.*, 3-8; 75 *A.J.I.L.* 418 (1981), pp. 418-422; 20 *I.L.M.* 224 (1981), pp. 224-228; Ch. N. BROWER, « The Iran-United States Claims Tribunal », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 224, 1990, V, *Appendix I*, pp. 387-391; *Dr. prat. comm. int.*, 1981, pp. 716-721, et *Keesing's Contemporary Archives*, 1981, pp. 31084-31085), et « Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the settlement of claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran », ou *Claims Settlement Declaration* (1 *Iran-U.S. C.T.R.*, 9-12; 75 *A.J.I.L.* 422 (1981), pp. 422-425; 20 *I.L.M.* 230 (1981), pp. 230-233; Ch. N. BROWER, « The Iran-United States Claims Tribunal », *op. cit.* in *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 224, 1990, V, *Appendix II*, pp. 392-395; *Dr. prat. comm. int.*, 1981, pp. 722-725; et *Keesing's Contemporary Archives*, 1981, pp. 31085-31086), et étaient accompagnées d'un troisième document, également paraphé le 19 janvier 1981 : les « Undertakings of the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran with respect to the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria » (75 *A.J.I.L.* 425 (1981), pp. 425-426; 20 *I.L.M.* 229 (1981), pp. 229-230, et *Dr. prat. comm. int.*, 1981, pp. 721-722). Les deux derniers documents, signés le 20 janvier 1981, présentaient un caractère plus technique : l'« Escrow Agreement » (75 *A.J.I.L.* 426 (1981), pp. 426-430, et 20 *I.L.M.* 234 (1981), pp. 234-240) et le « Technical Arrangement between Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent and the Governor and Company of the Bank of England and the Federal Reserve Bank of New York as Fiscal Agent of the United States ». L'on trouvera un résumé des principales étapes de la négociation dans *Keesing's Contemporary Archives*, 1981, pp. 31081 et s., *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1981, pp. 134 et s., M. ALERASSOOL, *Freezing Assets...*, *op. cit.*, pp. 105 et s., et surtout P. JUILLARD, « Le rôle joué par la République populaire et démocratique d'Algérie dans le règlement du contentieux entre les États-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran », *A.F.D.I.*, 1981, pp. 19 et s., spéc. pp. 23 et s. Les Accords eux-mêmes sont étudiés dans leurs dispositions relatives aux avoirs iraniens par S. COHEN, *et al.*, « The Iranian Hostage Agreement under International and United States Law », 81 *Col. L. Rev.*, 822 (1981), pp. 878-892; B. AUDIT, « Les accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les États-Unis et l'Iran », *Clunet*, 1981, pp. 739-742, et S. RIESENFELD, « Rechtsprobleme des Geiselsbefreiungsabkommens zwischen Iran und den Vereinigten Staaten », *IPRax*, 1982, pp. 125-130. Ces contributions ne sont citées qu'à titre exemplatif d'une littérature par ailleurs innombrable.

<sup>110</sup> Le 18 février 1981, le département d'État annonça que la nouvelle administration américaine — les fonctions du président Reagan, élu le 4 novembre 1980, avaient pris cours le 20 janvier 1981 —, ayant terminé « its review of the hostage agreements », avait décidé de les exécuter « strictly in accordance with their terms » (*Dept. State Bull.*, No. 2048, Mars 1981, p. 17, partiellement reproduit dans 75 *A.J.I.L.* 654 (1981), pp. 654-655).

Tout le point IV de la Déclaration générale d'Alger, sous l'intitulé « Return of the Assets of the Family of the Former Shah », était consacré à cette question. Le gouvernement américain s'y engageait, dès que le gouvernement algérien lui aurait donné l'« assurance » (*certification*) que les otages avaient quitté sains et saufs le territoire de la République islamique, à « geler » les avoirs de l'ex-shah ou de ses proches parents situés aux États-Unis, et dont l'Iran avait, par une action judiciaire, demandé la restitution — « gel » qui devait se poursuivre jusqu'au prononcé d'une décision définitive contre ces personnes (*section 12*). Il s'engageait aussi à ordonner la communication à l'administration du Trésor, aux fins de transmission à l'Iran, de toute information concernant ces avoirs (*section 13*), et, selon la technique des *statements of interest* bien connue du droit procédural nord-américain, à informer ses tribunaux « that in any litigation of the kind described (...) above the claims of Iran should not be considered legally barred either by sovereign immunity principles or by the Act of State doctrine and that Iranian decrees and judgments relating to such assets should be enforced (...) in accordance with United States law » (*section 14*). Il garantissait enfin au gouvernement iranien que les jugements prononcés par les tribunaux américains « for the transfert of any property or assets to Iran » y seraient effectivement exécutés (*enforced*), « to the extent that the property or assets exist within the United States » (*section 15*).

Les mesures ainsi promises firent l'objet de l'*Executive Order* No. 12284 du 19 janvier 1981, « Restrictions on the Transfer of Property of the Former Shah of Iran » <sup>111</sup> et des

<sup>111</sup> L'Order faisait partie d'un train de mesures présidentielles prises sur la base de l'*International Emergency Economic Powers Act* de 1976 et de l'*Hostage Act* de 1868 pour exécuter les Accords d'Alger : DIRECTION RELATING TO ESTABLISHMENT OF ESCROW ACCOUNTS (E.O. No. 12276), DIRECTION TO TRANSFER IRANIAN GOVERNMENT ASSETS (E.O. No. 12277), DIRECTION TO TRANSFER IRANIAN GOVERNMENT ASSETS OVERSEAS (E.O. No. 12278), DIRECTION TO TRANSFER IRANIAN GOVERNMENT ASSETS HELD BY DOMESTIC BANKS (E.O. No. 12279), DIRECTION TO TRANSFER IRANIAN GOVERNMENT FINANCIAL ASSETS HELD BY NON-BANKING INSTITUTIONS (E.O. No. 12280), DIRECTION TO TRANSFERT CERTAIN IRANIAN GOVERNMENT ASSETS (E.O. No. 12281), REVOCATION OF PROHIBITIONS AGAINST TRANSACTIONS INVOLVING IRAN (E.O. No. 12282), NON-PROSECUTION OF CLAIMS OF HOSTAGES AND FOR ACTIONS AT THE U.S. EMBASSY (E.O. No. 12283), et RESTRICTIONS ON TRANSFER OF PROPERTY OF THE FORMER SHAH OF IRAN (E.O. No. 12284). Ils ont été publiés au *Federal Register*, vol. 46, pp. 7913 à 7932 (1981), et reproduits dans 20 I.L.M. 282 (1981), pp. 282 à 293 — où ils sont précédés d'un « Summary Statement to the Congress ». Des corrections ont ultérieurement été apportées aux *Executive Orders* No. 12278 et 12279 (46 Fed. Reg. 10895 (1981), pp. 10895 et 10897). Les *Executive Orders* No. 12276 à 12281 ont également été publiés dans *Codification of Presidential Proclamations and Executive Orders, 1945-1989*, pp. 204 à 213. Les *Executive Orders* No. 12283 et 12284 ont quant à eux également été publiés dans 75 A.J.I.L. 430 (1981), pp. 430 à 432. Par un *Executive Order* No. 12294 du 24 février 1981, le président Reagan — en même temps qu'il ratifiait les mesures décidées le 19 janvier par le

*Regulations du Secretary of the Treasury* datées du 24 février suivant — mais dont les effets remontaient au 19 janvier <sup>112</sup>. Elles frappèrent successivement l'ex-shah, son épouse et ses sœurs Ashraf et Shams Pahlavi, contre lesquelles furent introduites des actions semblables à celles dirigées contre l'ex-shah et son épouse <sup>113</sup>.

Le trait le plus remarquable de ces dispositions est que le gouvernement américain avait emporté dans la négociation — il y avait toujours insisté <sup>114</sup> — que le sort de la fortune de l'ancienne famille impériale fût soumis aux tribunaux, à la voie « juridictionnelle » ordinaire — celle-ci fût-elle modalisée par l'abandon forcé de certains moyens de défense —, plutôt qu'abandonné aux instruments de la contrainte administrative. Le rôle de celle-ci était réduit au maximum, puisque les autorités américaines se bornaient à faire l'inventaire des biens de l'ex-famille impériale, à communiquer aux autorités iraniennes les informations qu'elles avaient collectées, et à geler ces biens dans l'attente d'une décision de l'autorité judiciaire à laquelle était laissé le soin de statuer sur leur « restitution ». « In the absence of the above quoted undertakings by the United States », nota un auteur iranien, « Iran could have taken legal actions in U.S. courts in an attempt to recover the assets of the Shah and his family. The terms of the Algiers Accords did not give Iran any advantage not available

---

président Carter — décida la suspension des actions introduites devant les juridictions américaines contre l'Iran, et qui relevaient, aux termes de l'article II de la « Déclaration sur le règlement des différends », de la compétence du tribunal arbitral irano-américain, jusqu'à ce que celui-ci se fût prononcé sur sa compétence (46 Fed. Reg. 14111 (1981), pp. 14111 et 14112, égal. repr. dans 75 A.J.I.L. 655 (1981), pp. 655-656).

<sup>112</sup> 46 Fed. Reg. 14330 (1981), pp. 14330 à 14337, amendant diverses dispositions des « Iranian Assets Control Regulations » (31 C.F.R. Part 535). Ces *Regulations* confirmèrent notamment, avec effet au 19 janvier, et « [f]or the purpose of protecting the rights of litigants in courts within the United States », le gel de « all property and assets located in the United States in the control of the estate of Mohammed Reza Pahlavi, the former shah of Iran, or any close relative of the former shah served as a defendant in litigation (...) brought by Iran seeking the return of property alleged to belong to Iran », — blocage qui devait être maintenu « until all such litigation against such estate or person is finally terminated ». Le transfert, paiement ou retrait des avoirs gelés était autorisé « to the extent necessary to pay living expenses of any individual listed in that section » — les *Regulations* précisant que « [l]iving expenses for this purpose shall include food, housing, transportation, security and other personal expenses » (31 C.F.R. Part 535, sections 535.217 (a) et 535.580 telles qu'amendées le 24 février 1981 (46 Fed. Reg. 14330 (1981))).

<sup>113</sup> Resp. 46 Fed. Reg. 26478 (1981), p. 26478 et 56 Fed. Reg. 40552 (1991), pp. 40552 et 40553, amendant la section 535.217 (b) des « Iranian Assets Control Regulations ».

<sup>114</sup> Selon P. JUILLARD, « [l]a restitution de la fortune de la famille impériale [revendiquée par le *Majlis* dans sa résolution du 2 novembre 1980] constituait pour les États-Unis une exigence inacceptable pour deux raisons : d'une part parce que la consistance et la localisation de cette fortune ne leur était pas connues; d'autre part, parce qu'à supposer connues la consistance et la localisation de cette fortune, sa restitution ne pouvait s'opérer que dans le respect des règles prévues par la législation américaine » (« Le rôle... », *op. cit.* in A.F.D.I., 1981, p. 31, je souligne).

under normal conditions according to U.S. law » : les Accords d'Alger « [did] not give Iran any extra legal right » <sup>115</sup>.

Cette limitation de la voie « administrative » ; cette priorité donnée à la voie « judiciaire » sont d'autant plus remarquables que, depuis les décisions rendues par la Cour suprême dans les affaires *United States v. Belmont* et *United States v. Pink*, relatives l'une et l'autre aux effets qu'il y avait lieu de reconnaître au *Litvinov Assignment* <sup>116</sup>, les tribunaux américains admettent que les autorités gouvernementales ont, dans la gestion des relations extérieures de l'État, le pouvoir de disposer par la voie d'un accord international des droits des particuliers — pouvoir qui s'est précisément trouvé confirmé à propos des Accords d'Alger, dans la partie de leurs dispositions qui obligeait les États-Unis « to terminate all legal proceedings in United States Courts involving claims of United States persons and institutions against Iran and its state enterprises, to nullify all attachments and judgments obtained therein, [and] to prohibit all further litigation based on such claims (...) » <sup>117</sup>. Chose plus remarquable encore, ce pouvoir leur fut reconnu non seulement à l'égard des demandes, nées des relations commerciales irano-américaines, que l'article II de la Déclaration sur le règlement des différends attribuait à la compétence du Tribunal arbitral qu'elle instituait <sup>118</sup>, mais même à l'égard de celles, nées de la crise des otages, qui, échappant à la compétence de ce Tribunal, se trouvaient du fait même irrémédiablement soustraites à l'arbitrage d'une autorité de justice <sup>119</sup>.

<sup>115</sup> M. ALERASSOOL, *Freezing Assets...*, op. cit., p. 123.

<sup>116</sup> *Supra*, note 51.

<sup>117</sup> *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 101 S.Ct. 2972, et 69 L.Ed.2d 918 (1981), égal. rapp. dans 75 A.J.I.L. 954 (1981), qui jugea les mesures prises pour exécuter ces obligations conformes à la Constitution, pour le motif essentiellement que l'*International Emergency Economic Powers Act* et le *Hostage Act*, qui fondaient en droit les mesures présidentielles attaquées, témoignaient de la volonté du Congrès de conférer au président des pouvoirs élargis « in circumstances such as those presented in this case », savoir « the resolution of a major foreign policy dispute between our country and another » (*per* Rehnquist, J., resp. 453 U.S. 654, pp. 659, 677 et 688). Cf. Ch. CHINKIN, « The Foreign Affairs Powers of the U.S. President and The Iranian Hostages Agreement : *Dames & Moore v. Regan* », [1983] 32 I.C.L.Q. 600.

<sup>118</sup> Demandes qui étaient en cause dans l'affaire *Dames & Moore* citée à la note précédente.

<sup>119</sup> *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 690 F.2d 1010 (D.C. Circ. 1982), égal. publ. dans 72 I.L.R. 132 et rapp. dans 77 A.J.I.L. 312 (1983), qui, en s'appuyant sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Dames & Moore*, déboute un ex-otage de l'ambassade américaine de la demande de dommages et intérêts qu'il avait formée contre la République islamique. La décision de débouté fut dans une espèce similaire fondée plutôt sur l'immunité de juridiction qui revenait à ce dernier État (*McKeel v. Islamic Republic of Iran*, 722 F.2d 852 (2d Circ. 1983), *cert. den.*, 469 U.S. 880, 105 S.Ct. 243, et 83 L.Ed.2d 182 (1984), égal. publ. dans 81 I.L.R. 543 et rapp. dans 78 A.J.I.L. 671 (1984), qui confirme une décision dont la *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1982, p. 360, s'était faite l'écho. Rapp., dans le même sens, la décision de *rehearing* rendue dans l'affaire

L'attachement manifesté par les États-Unis à maintenir le contentieux relatif à la restitution des avoirs de l'ancien shah dans les voies du règlement judiciaire plutôt que de recourir à des mesures de contrainte administrative, ne pouvait dans ce contexte s'expliquer que par leur volonté de refuser aux autorités iraniennes l'entraide que celles-ci attendaient <sup>120</sup>.

## § 2. — La phase « judiciaire »

L'impression se confirme à la lecture des résultats auxquels portèrent les actions que l'Iran avait introduites contre l'ancien shah, son épouse et ses deux sœurs. Ces actions empruntèrent les deux voies qui avaient été suivies en Suisse, mais dans un ordre chronologique inverse : la première, utilisée à l'égard de l'ex-shah, de son épouse et de sa sœur Ashraf, consistait à saisir directement les tribunaux américains d'une demande de restitution; la seconde, employée à l'égard de Shams Pahlavi, consistait à rechercher auprès d'eux la reconnaissance et l'exécution de décisions iraniennes antérieures.

### A. — ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN V. PAHLAVI

Au lendemain de la prise d'otages de l'ambassade américaine, le gouvernement des États-Unis avait obtenu, par la voie d'un *Statement of Interest* établi par le substitut du procureur général pour le district méridional de New-York, que la cause introduite contre l'ancien shah et son épouse fût suspendue jusqu'à la solution de la crise. L'on ne

---

*Persinger*, 729 F.2d 835 (D.C. Circ. 1984), égal. publ. dans 90 I.L.R. 585 et rapp. dans 78 A.J.I.L. 900 (1984), avec la note de S. H. SMITH, « *Persinger v. Islamic Republic of Iran* : Iran Granted Immunity under Noncommercial Tort Exception of the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 285 (1985)).

<sup>120</sup> Dans son édition du 22 janvier 1981, le quotidien iranien *Islamic Revolution*, proche des milieux présidentiels, ne manqua pas de souligner que l'arrangement obtenu n'était quant à la restitution des avoirs de l'ancien shah, pour la partie iranienne, qu'un jeu de dupes (*Keesing's Contemporary Archives*, 1981, pp. 31087-31088). Ces commentaires négatifs avaient il est vrai partie liée avec les contradictions internes de la politique iranienne (M. ALERASSOOL, *Freezing Assets...*, *op. cit.*, pp. 127-128).



plaida qu'après le 26 février 1981, date à laquelle le même substitut informa le *Special Term* « that no further adjournment would be requested by the United States, and that a determination had been made by the Reagan administration that the agreement would be implemented as signed by the Carter administration » <sup>121</sup>.

# I. — LA PORTÉE DES ACCORDS D'ALGER

Sur le fond, la discussion se cristallisa d'abord sur la portée des engagements que le gouvernement américain avait souscrits à Alger — aussi bien dans l'action introduite contre l'ancien shah et son épouse que dans celle introduite, quelques mois plus tard, contre sa sœur Ashraf <sup>122</sup>. « Informer » les tribunaux saisis que ces actions ne pouvaient être tenues pour « legally barred » par les *preclusive doctrines* de l'immunité de juridiction et de l'*Act of State* revenait-il seulement, comme le soutenait l'Iran <sup>123</sup>, à garantir à cet État l'existence d'un for devant lequel il pouvait porter ses demandes, ou se limitait-il à exclure deux moyens de défense, laissant les juges libres de rejeter sur d'autres bases les actions introduites devant eux ? La question paraît avoir échappé au *Special Term* et à l'*Appellate Division* saisis de l'action formée contre l'ex-shah et son épouse <sup>124</sup>. Tenant vraisemblablement pour acquise la seconde solution, ceux-ci s'attachèrent immédiatement aux autres arguments dont les défendeurs entendaient se prévaloir. Saisi de l'action formée contre Ashraf Pahlavi, le *Special Term* souligna par contre que c'était « sheer sophistry » de la part des tribunaux américains que d'exciper de la lettre des Accords pour rejeter les demandes introduites devant eux sur d'autres

<sup>121</sup> N.Y.L.J., Sept. 16, 1981, p. 6, col. 3.

<sup>122</sup> La demande, introduite le 25 février 1980, ne précisait pas le montant des sommes dont la restitution était postulée. Les *compensatory* et *punitive damages* réclamés se chiffraient à trois milliards de dollars (*Islamic Republic of Iran v. Pahlavi*, 116 Misc. 2d 590 et 455 N.Y.2d 987 (Sup. Ct. 1982), ici 116 Misc. 2d, p. 594, *rev'd*, 473 N.Y.S.2d 801 et 99 A.D.2d 1009 (A.D.1 Dept. 1984), *aff'd*, 476 N.E.2d 338, 64 N.Y.2d 831 et 486 N.Y.S.2d 939 (N.Y. 1985)).

<sup>123</sup> 467 N.E.2d, p. 247.

<sup>124</sup> Seul le juge Fein paraît, dans son opinion dissidente sous la décision de l'*Appellate Division*, avoir aperçu la difficulté, optant résolument pour la seconde branche de l'alternative : « [o]f course, such an agreement cannot impose jurisdiction on the courts of New York State where jurisdiction over the person or subject matter is lacking, or where no cause of action cognizable under our law is stated, or even where *forum non conveniens* requires dismissal » (464 N.Y.S.2d, p. 496).

bases que les théories de l'immunité de juridiction et de l'*Act of State* : ils se trouvaient purement et simplement liés sur la question de leur compétence <sup>125</sup>.

Il revint à la *Court of Appeals* de trancher la controverse — dans un sens favorable à une interprétation littérale des Accords. Le gouvernement américain, décida-t-elle, avait dans les déclarations vantées par l'Iran à l'appui de son interprétation <sup>126</sup> exprimé seulement sa « disposition » (*willingness*) « to « facilitate » or aid Iran in bringing the claims » <sup>127</sup>. En aucun cas il n'avait entendu garantir à cet État l'existence d'un *for new-yorkais* — tout simplement parce qu'il n'avait pu, en concluant les Accords, violer les limites que la Constitution posait à ses pouvoirs. Certes, comme la Cour suprême l'avait décidé quelques temps auparavant, ces limites n'interdisaient pas au président de disposer, dans l'intérêt extérieur des États-Unis, des droits que les particuliers américains avaient fait valoir — ou pouvaient à l'avenir faire valoir — devant leurs tribunaux contre la République islamique — sur ce point, la constitutionnalité des Accords était avérée. Mais elles lui interdisaient de disposer des règles de compétence des juridictions de l'État de New-York alors, et même surtout, que ces juridictions devaient connaître d'un litige qui, opposant un État étranger à l'un de ses nationaux, intéressait moins la politique étrangère des États-Unis que ne pouvait le faire un litige opposant pareil État à des citoyens américains <sup>128 — 129</sup>.

<sup>125</sup> 116 Misc. 2d, pp. 595-597 et 599-600. La décision fut réformée par l'*Appellate Division*, sans que celle-ci s'interroge sur la portée des Accords d'Alger (473 N.Y.S.2d 801 et 99 A.D.2d 1009 (A.D.1 Dept. 1984), *aff'd*, 64 N.Y.2d 831 et 476 N.E.2d 338 (N.Y. 1985)).

<sup>126</sup> Il s'agissait pour l'essentiel d'un extrait du *summary report* présenté par le secrétaire d'État Edmund Muskie devant la commission sénatoriale des Affaires étrangères sur la question de la crise des otages (97th Cong., 1st Sess., Feb. 17, 18 et March 4, 1981, p. 14, cité dans 467 N.E.2d, p. 251).

<sup>127</sup> 467 N.E.2d, p. 252.

<sup>128</sup> *Id.* Ainsi que le négociateur américain, M. Warren Christopher, l'avait reconnu implicitement devant la commission sénatoriale des Affaires étrangères (« [T]he courts would have to decide whether plaintiff had a right [to maintain this action] within our legal system » (97th Cong., 1st Sess., Feb. 17, 1981, p. 56, cité dans 467 N.E.2d, p. 252)), les pouvoirs constitutionnels du président s'arrêtaient aux « preclusive doctrines of international law » qu'étaient l'immunité de juridiction et l'*Act of State*. Ils ne s'étendaient pas à la compétence des juridictions fédérées de New-york (467 N.E.2d, p. 252).

<sup>129</sup> La Cour sembla par ailleurs mettre en doute l'application *ratione temporis* des Accords au contentieux introduit devant elle : « [a]t the time the Accords were executed, this action had been instituted in Supreme Court and there was pending a motion to dismiss, made several months earlier (...). Nevertheless, although the Accords when finally concluded contained specific provisions concerning plaintiff's claim against the Shah and his family, the contained no reference to the pending suit (...); « [t]his is litigation (...) who happened to be within the State of New York at the time this suit was commenced » (467 N.E.2d, resp. pp. 251 et 252).

L'interprétation littérale ainsi donnée au texte des Accords peut laisser songeur au vu des intentions annoncées à Alger <sup>130</sup>. La voie, en toute hypothèse, était ouverte à l'examen du bien-fondé des arguments dont les membres de l'ex-famille impériale entendaient se prévaloir pour échapper aux demandes portées contre eux. La présence — fût-elle accidentelle et momentanée — de l'ex-shah et de son épouse à New-York devait rapidement ruiner les arguments que ceux-ci entendaient tirer de l'irrégularité de la signification et du défaut de *personal jurisdiction* <sup>131</sup>. Les autres moyens étaient plus sérieux. Ils couvraient pour l'essentiel les théories de la *political question*, des *unclean hands* et du *forum non conveniens* <sup>132</sup>.

## II. — LA POLITICAL QUESTION DOCTRINE

Le moyen déduit de la *political question doctrine*, selon lequel le litige « presented non-justiciable issues, inextricably entangled in a violent internal upheaval in Iran and a continuing international controversy of monumental proportions, which issues and questions [were] singularly inappropriate for judicial consideration » <sup>133</sup>, se heurta au rejet du *Special Term*. Déjà net dans la décision rendue à l'égard de l'ex-shah et de son épouse, selon laquelle « [w]hen the elements of rhetoric in the complaint are pared away », « (...) the issues raised by [it] are not political issues, but are issues of law involving political entities. These are issues for resolution by the Judicial branch (...) which are not susceptible to resolution by the Executive or Legislative branches » <sup>134</sup>, ce

<sup>130</sup> Dans l'opinion dissidente qu'il rendit sous la décision de la *Court of Appeal*, le juge Meyer se borna à souligner, sans en donner les motifs, qu'il ne partageait pas la compréhension que l'opinion majoritaire avait de la portée des Accords d'Alger (467 N.E.2d, p. 256).

<sup>131</sup> N.Y.L.J. Sept. 16, 1981, p. 7, col. 2. La décision paraît sur ce point avoir reçu l'approbation de l'*Appellate Division* (464 N.Y.S.2d, pp. 489-490, et, plus nettement, l'opinion dissidente du juge Fein, *ibid.*, resp. pp. 494 et 565). L'on trouve dans le N.Y.L.J., Sept. 16, 1981, p. 6, col. 3-4 et dans l'opinion dissidente du juge Fein sous la décision de l'*Appellate Division*, 464 N.Y.S.2d, p. 494, un exposé des circonstances de la signification, faite notamment à l'*administrator* ou *night administrator* du *New York Hospital*, au secrétaire d'État Cyrus Vance, à l'ancien secrétaire d'État Henry Kissinger et au président de la Chase Manhattan Bank David Rockefeller (ces deux derniers, c'est un rappel, qui passaient pour des amis personnels de l'ancien shah).

<sup>132</sup> 467 N.E.2d, pp. 247 et 251, et 116 Misc. 2d, p. 591.

<sup>133</sup> N.Y.L.J. Sept. 16, 1981, p. 6, col. 3.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 7, col. 4, reproduit dans l'opinion dissidente du juge Fein sous la décision de l'*Appellate Division*, 464 N.Y.S.2d, p. 496.

rejet est plus manifeste encore dans la décision rendue à l'égard de Ashraf Pahlavi. Appelée « to construe and apply, without more, the laws and the Constitution of the Empire of Iran » en vue de déterminer « whether certain actions of the defendant and the Shah violated fiduciary obligations placed on them », la Cour ne s'estima nullement placée face à une difficulté de nature politique : « [the claim] asks the Court to apply foreign law to a dispute arising in a foreign country between litigants who are subject to the jurisdiction of this Court. Such a case, without more, does not present a nonjusticiable (*sic*) political question » <sup>135</sup>.

Le moyen retint en revanche davantage l'attention de l'*Appellate Division* qui, non sans contradiction <sup>136</sup>, avoua éprouver quelque hésitation à se reconnaître le « droit » de faire au monarque absolu d'un pays du Moyen Orient le procès de s'être écarté des conceptions américaines du gouvernement constitutionnel, alors qu'« even today it is said that the King and the royal family of Saudi Arabia and the rulers of the other oil rich states of the Middle East have become enormously wealthy by the use of their powers and influence as rulers ». « This sureley », jugea la Cour, « looks like the « political thicket » out of which Courts should stay » <sup>137</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Fein estima au contraire, comme l'avait fait le premier juge, que rien, au stade de l'appréciation de la compétence judiciaire, ne permettait de distinguer la demande iranienne d'autres, fondées sur des faits de détournement, qui trouvaient leur solution dans des règles de droit : « [t]he issue is not whether this Court is called upon to serve as a paymaster of the spoils of empire or as referee between dictators, as suggested in the concurring opinion. The issue is whether the present government of Iran, however much we detest it, has a right to sue in our Courts to recover from the former emperor

---

<sup>135</sup> 116 Misc. 2d, pp. 595-596.

<sup>136</sup> Puisqu'elle ne paraît guère avoir hésité sur l'application du droit iranien au fond du litige : « [t]he suit would presumably be governed by Iranian law. It may be questioned whether the law of Iran ever contemplated a suit against the Shah for misconduct in office; but in any event whatever the guess may be, it will have to be a guess as to *Iranian law* » (464 N.Y.S.2d, p. 489, souligné par la Cour elle-même).

<sup>137</sup> *Id.* L'appel à la *political question doctrine* est plus évident encore dans l'opinion concurrente rendue, sous cette décision, par le juge président Kupferman pour lequel il convenait de « protect our courts from becoming embroiled in the internal politics of a foreign nation (...). No court should be required to serve as a paymaster of the spoils of empire, or referee between dictators » (464 N.Y.S.2d, p. 493, qui demande en outre « [b]y what standard would a New York court pass judgment on the perquisites of an Emperor ? »).

Iranian assets which it asserts he unlawfully converted »; « (...) this case appears to raise traditional questions of law and fact (...) » <sup>138</sup>.

La *Court of Appeals* s'abstint de se prononcer sur la question — de sorte qu'elle devait demeurer parfaitement ouverte.

### III. — LES UNCLEAN HANDS

En un deuxième moyen, tiré des *unclean hands* et assez comparable à la règle *Nemo auditur...* bien connue du droit des obligations des pays de *civil law*, les défendeurs faisaient grief à la République islamique de chercher à obtenir par la voie judiciaire la satisfaction d'une demande qui l'avait portée à une conduite « so immoral and unconscionable » <sup>139</sup> que la prise des otages de l'ambassade américaine. Pas davantage que celui de la *political question*, ce moyen ne fit l'objet d'un examen approfondi. Dans son opinion concurrente sous la décision de l'*Appellate Division* saisie de l'action formée contre l'ex-shah et son épouse, le juge président Kupferman ne fut pas loin de l'admettre <sup>140</sup>... Mais il n'est pas certain que le moyen eût pu triompher. Tout en concédant, dans son opinion dissidente sous la même décision, que ce n'était pas sans un certain sens de la provocation que la République islamique avait porté sa demande devant les tribunaux américains au moment même où elle retenait prisonniers quelque soixante-six membres du personnel diplomatique et consulaire de ce pays à Téhéran, le juge Fein souligna que cet État ne pourrait être sanctionné pour ses éventuelles « unclean hands » que lors de l'examen du fond du litige <sup>141</sup>. Et à ce stade, souligna le *Special Term* dans l'action introduite contre Ashraf Pahlavi, il aurait sans doute fallu admettre que, quelque outrageante que fût sa conduite, l'Iran ne cherchait pas à obtenir

---

<sup>138</sup> 464 N.Y.S.2d, resp. pp. 498 et 495.

<sup>139</sup> 116 Misc. 2d, p. 597.

<sup>140</sup> « A court should not lend its aid to a corrupt or evil design. One who seeks equity must do equity » (464 N.Y.S.2d, p. 493, note 5).

<sup>141</sup> 464 N.Y.S.2d, pp. 495 et 499.

des défendeurs l'exécution d'une transaction contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs <sup>142</sup>.

#### IV. — LE FORUM NON CONVENIENS

Si les juges saisis laissèrent de la sorte ouvertes les questions de la *political question* et des *unclean hands*, c'est qu'ils avaient retenu, pour rejeter les prétentions de la République islamique, le moyen tiré du *forum non conveniens*. L'argument du *Special Term*, saisi de l'action formée contre l'ex-shah et son épouse, selon lequel « acceptance of such an action would unnecessarily burden the Courts of New York with an action between non-resident parties having no nexus with the state » <sup>143</sup>, emporta pareillement la conviction de l'*Appellate Division*. L'Iran chercha bien à justifier la compétence des juges new-yorkais par la circonstance que parmi les avoirs détournés se trouvaient des fonds déposés dans les banques de New-York, mais la Cour ne se montra guère convaincue par l'argument, soulignant que les *equitable remedies* qui lui étaient demandés devaient s'étendre au patrimoine de l'ancien couple impérial situé « throughout the world » <sup>144</sup>. Considérant en outre qu'elle était appelée à porter un jugement sur l'exercice du pouvoir par l'ancien shah en sa qualité de monarque absolu

<sup>142</sup> 116 Misc. 2d, p. 599, qui souligna en outre que l'accueil du moyen tiré des *unclean hands* méconnaîtrait l'esprit des Accords d'Alger : « [t]he court may not render judgment against plaintiff by reason of conduct of which the executive branch of the Government was fully aware, and which, in the exercise of its foreign relation powers, it has implicitly determined should not constitute a bar to a consideration of plaintiff's claims on the merits » (*ibid.*, pp. 600-601). En degré d'appel, l'*Appellate Division* se borna à relever que « [t]he (...) « unclean hands » doctrin[e] [is] irrelevant » (473 N.Y.S.2d, p. 802). Rapp. *Bank Tejarat v. Varsho-Saz*, 723 F. Supp. 516 (C.D.Cal. 1989) qui, dans une action pour détournement de fonds introduite par une banque d'État iranienne contre un citoyen de ce pays qui avait dû s'exiler au lendemain de la Révolution et dont les avoirs avaient été confisqués en Iran, rejette le moyen tiré des *unclean hands*, pour le double motif que l'admission de ce moyen l'aurait conduite à juger de la légalité des actes accomplis par la République islamique sur son territoire, et que « the inequitable conduct sought to be attributed to the bank is not related to the transaction which is the source of the bank's claims against Varsho-Saz » (*ibid.*, p. 521).

<sup>143</sup> J. A. BLANK, « *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi : A Novel Application of Forum Non Conveniens* », 49 *Alb. L. Rev.* 528 (1985), p. 533.

<sup>144</sup> 464 N.Y.S.2d, p. 490. La *Court of Appeals* se borna quant à elle à constater que l'Iran n'avait avancé aucune preuve de la présence d'avoirs détournés à New-york — la *surrogate's court* n'ayant du reste pas trouvé matière à exercer une *ancillary administration* de l'*estate* de l'ancien souverain décédé (467 N.E.2d, p. 249).

d'une « grande nation » pendant près d'un quart de siècle <sup>145</sup>, la Cour retint que c'est devant un tribunal iranien que celui-ci aurait dû porter sa demande <sup>146</sup>. Si cet « alternative forum » n'apparaissait en l'espèce pas « viable » <sup>147</sup> — parce qu'un jugement pécuniaire prononcé contre l'ancien shah par un tribunal iranien n'aurait vraisemblablement pas été reconnu aux États-Unis —, la faute en incombait entièrement à la République demanderesse. Celle-ci avait manqué à l'obligation « fondamentale » qui pèse sur tout « gouvernement civilisé » d'offrir à ses citoyens « a system of impartial Courts which can fairly adjudicate disputes involving its citizens » <sup>148</sup>. Le contribuable new-yorkais n'avait pas à en faire les frais <sup>149</sup>.

L'absence d'un « appropriate alternative forum » devant lequel la République demanderesse eût pu porter sa demande — absence qui selon l'opinion dissidente du juge Fein sous la décision de l'*Appellate Division* eût dû faire obstacle à l'accueil du *forum non conveniens* <sup>150</sup> — devait former le point central de la décision de la *Court of Appeals*. Adoptant les motifs de l'*Appellate Division*, celle-ci considéra que « the substantial financial and administrative burden on the New York Courts, the genesis of the claims in Iran, the likely applicability of Iranian law, the nonresidence (*sic*) of both

---

<sup>145</sup> 464 N.Y.S.2d, p. 489.

<sup>146</sup> « It is an Iranian matter, — a suit by the Islamic Republic of Iran against its former ruler and his wife, nationals (and still presumably domiciliaries, never having elected a new domicile) of Iran, based on acts in Iran relating to the affairs of Iran » (464 N.Y.S.2d, p. 489). Que le litige soit en outre soumis au fond à la loi iranienne ne pouvait qu'augmenter sa distance d'avec le juge new-yorkais (*id.*). La constatation que l'ancien shah et son épouse étaient au moment de l'introduction du litige « domiciliés » en Iran était sans doute erronée : « [h]ow a person », constata le juge Fein dans son opinion dissidente sous la décision de l'*Appellate Division*, « who has in effect been exiled from his or her country is still domiciled in that country for any legal purpose does not appear (...) » (464 N.Y.S.2d, p. 495). Mais cela importe peu. Dès l'instant que, pas davantage que le *Special Term*, la Cour n'avait mis en doute sa *personal jurisdiction*, le domicile des parties ne pouvait sembler-t-il pas être l'élément déterminant du *forum non conveniens* (comp. la décision du *Special Term*, rapportée à la note 122 ci-dessus, qui qualifie les défendeurs de « non-resident parties », et rapp. dans le sens suggéré SCHLESINGER, « Recent Developments — Forum Non Conveniens — Closing the Gap Between the Procedural Rights of Residents and Non-Residents of New York State », 58 *Cornell L. Rev.* 782 (1973), p. 800).

<sup>147</sup> Ces termes apparaissent dans l'opinion concurrente du juge président Kupferman, 464 N.Y.S.2d, p. 492.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>149</sup> « (...) [I]f this plaintiff has failed in that fundamental obligation, we do not see why the citizens, taxpayers and courts of this state should be subjected to the enormous burden of this lawsuit at the behest of the government which has failed to meet this fundamental obligation » (*id.*). Dans la mesure où l'action était dirigée contre l'ancien shah, la Cour invita la République demanderesse, conformément au droit procédural new-yorkais, à établir pour quel motif l'action n'était pas éteinte par le décès du défendeur et pouvait se poursuivre contre l'*estate* de celui-ci (*ibid.*, p. 491). Il ne semble pas que l'Iran ait répondu à cette demande, de sorte que l'action se poursuivit par la suite contre l'ex-impératrice Farah seule (467 N.E.2d, p. 247, note 1).

parties », le fait « that plaintiff was requesting a sweeping review of the conduct of the Shah's government during the 38 years of his reign, a review which undoubtedly would require extended trial and pretrial proceedings and which would necessitate the appearance of many foreign witnesses (...) » <sup>151</sup> et finalement « the possibility that [the] judgment may be ineffectual because of its inability to impose a constructive trust on defendant's assets if they are not in New York » <sup>152</sup> justifiaient l'accueil du moyen tiré du *forum non conveniens*. Le juge naturel du litige était, comme l'Iran lui-même avait paru l'admettre <sup>153</sup>, le juge iranien. Que celui-ci fut en l'espèce indisponible ne pouvait suffire à tenir en échec le déclinatoire, dès l'instant que la responsabilité en incombait à l'État demandeur <sup>154</sup>. À nouveau, le contribuable new-yorkais n'avait pas à en faire les frais <sup>155</sup>.

Dans ce contexte, la décision du *Special Term* saisi de l'action formée contre Ashraf Pahlavi d'écarter le moyen tiré du *forum non conveniens* pour le motif qu'il n'y avait en l'espèce pas d'« alternative forum » <sup>156</sup> ne pouvait apparaître que comme un baroud d'honneur. La circonstance que, soucieux de tenir compte du *dictum* des juges saisis de l'action formée contre l'ex-shah et son épouse, l'Iran avait ici pris soin d'énumérer les propriétés new-yorkaises dont elle entendait obtenir la restitution ne fut en appel pas jugée suffisante pour distinguer le litige de celui qui était dirigé contre l'ancien souverain et son épouse — de sorte qu'il fut pareillement rejeté sur la base du *forum non conveniens* <sup>157</sup>.

La décision de la *Court of Appeals* n'en continua pas moins de susciter la controverse. La Cour en effet avait reçu le moyen tiré du *forum non conveniens* alors que les

---

<sup>150</sup> 464 N.Y.S.2d, p. 497.

<sup>151</sup> 467 N.E.2d, p. 248.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>153</sup> « Indeed, plaintiff's counsel conceded on oral argument that ideally the action should be maintained in Iran (...) » (*id.*).

<sup>154</sup> « [i]f the action cannot be maintained in Iran (...), then that failure must be charged to plaintiff. It is, after all, the government in power, not a hapless national victimized by its country's policies. Any infirmity in plaintiff's legal system should weigh against its claim of venue, not impose disadvantage on defendant or the judicial system of this State » (*id.*).

<sup>155</sup> « (...) [T]he taxpayers of this State should not be compelled to assume the heavy financial burden attributable to the cost of administering the litigation contemplated when their interest in the suit and the connection of its subject matter to the State of New York is so ephemeral » (*id.*).

<sup>156</sup> 116 Misc. 2d, p. 601.



défendeurs n'avaient ni prouvé l'existence d'un *for* de substitution, ni ne s'étaient engagés à y soutenir le procès. Le *forum non conveniens* devenait dans son opinion un moyen d'écarter la demande au stade de la compétence judiciaire — décision qui laissait le demandeur « remediless »<sup>158</sup>. Cette conception parut inacceptable au juge Meyer, auteur d'une opinion dissidente selon laquelle l'existence d'un *for* de substitution (*a suitable alternative forum*) était une composante, « *an essential prerequisite* » et non un simple critère d'appréciation du *forum non conveniens*<sup>159</sup>. Celui-ci était « a « flexible procedure for the discretionary determination of place of trial », not a technique for leaving unpopular litigants without a Court to press their claims »<sup>160</sup>.

\*  
\* \*

Et de fait, lorsque l'on prend connaissance des commentaires que suscita l'arrêt de la *Court of Appeals*<sup>161</sup>, l'on ne peut se départir de l'impression que l'admission du *forum non conveniens* était en cette espèce liée à la circonstance tout à fait exceptionnelle que les juges new-yorkais s'y trouvaient dans l'impossibilité d'arguer des théories de l'*Act of State* et de l'immunité de juridiction, et plus généralement des intérêts de politique extérieure des États-Unis. Peut-être le *forum non conveniens* n'y servait-il que de « substitut » à ce genre d'arguments<sup>162</sup>. C'est du moins ce que donne à penser la

---

<sup>157</sup> 473 N.Y.2d, p. 802.

<sup>158</sup> KOFELE-KALE, p. 246; NOTE, « *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi...* », *op. cit.* in 49 *Alb. L. Rev.*, p. 547.

<sup>159</sup> 467 N.E.2d, p. 253 (l'italique est du juge lui-même), pour qui dès l'instant que, « [a]ll its dramatic stage decoration aside, this case presents the fairly ordinary situation of a defendant who, although a former resident of the plaintiff's jurisdiction, has no intention of retuning », les juges de New York, dans la juridiction desquels le « réfugié » avait été régulièrement cité, devaient se retenir compétents (*ibid.*, pp. 255-256).

<sup>160</sup> 467 N.E.2d, pp. 254-255, citant BRAUCHER, « The Inconvenient Federal Forum », 60 *Harv. L. Rev.* 908 (1947), p. 939. Le juge Meyer paraît s'être rallié, dans l'action dirigée contre Ashraf Pahlavi, à l'avis de l'opinion majoritaire (476 N.E.2d, p. 339).

<sup>161</sup> NOTE, « *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi...* », *op. cit.* in 49 *Alb. L. Rev.*, pp. 552 et s., qui cherche à justifier la solution retenue comme opérant un retour aux racines historiques du *forum non conveniens* en jurisprudence américaine, où il apparaissait comme moyen destiné principalement à préserver la « convenance » (*convenience*) du juge saisi, mais critique son utilisation comme moyen de défense (*defensive litigation technique*) dans l'intérêt exclusif de l'une des parties au procès — soulignant dès lors que « [t]he holding should be limited to the unique facts of the *Pahlavi* case » (*ibid.*, p. 556).

<sup>162</sup> A.A. EHRENZWEIG a, en commentant l'absence de « reliable standarts » servant, lorsque le demandeur est de nationalité étrangère, de guide à l'utilisation du *forum non conveniens*, montré combien les juges se laissaient guider, au cas par cas, « by the assumed merits of the cause of action » (*A Treatise on*

remarque faite pour justifier le rejet de la demande en l'absence d'un *alternative forum*, selon laquelle « (...) *forum non conveniens* dismissals are not the only instance in which New York Courts decline to entertain jurisdiction even though no alternative forum may exist. Typically, the Courts also refuse to adjudicate claims otherwise actionable because they involve unclean hands, diplomatic immunity and claims in which the applicable law is penal in nature or is contrary to the public policy of the forum State » <sup>163</sup>.

Que le *forum non conveniens* n'ait ici servi que de moyen de substitution est une supposition, mais qui ne peut manquer de se renforcer devant le peu de cas dont les juges américains saisis d'actions semblables dirigées contre les anciens présidents Marcos ou Duvalier — des actions, celles-là, dans lesquelles ils demeureraient libres d'appliquer les théories de l'*Act of State* et de l'immunité de juridiction — firent du moyen tiré du *forum non conveniens*.

#### B. — *BANK MELLI IRAN V. PAHLAVI*

C'est vraisemblablement l'échec des actions introduites contre l'ex-shah et son épouse et contre Ashraf Pahlavi qui conduisit l'Iran à changer de tactique pour obtenir de la sœur aînée de l'ancien souverain, Shams Pahlavi, alors réfugiée en Californie, le paiement des billets à ordre que celle-ci avait signés en faveur de l'Iran au milieu des troubles révolutionnaires de la fin '78. Les Banques Melli et Mellat Iran, en faveur desquelles les billets avaient été émis, cherchèrent en effet, selon une technique semblable à celle que la Banque Markazi avait utilisée en Suisse à l'égard des héritiers de l'ancien shah, à obtenir de la justice américaine la reconnaissance et l'exécution des

---

*the Conflict of Laws*, St. Paul, West publishing Co., 1962, § 35, p. 126).

<sup>163</sup> 467 N.E.2d, p. 249. La situation est pourtant bien différente : dérivant de la *rule of law*, ces moyens ne présentent pas le caractère discrétionnaire dont est de la part du juge emprunte l'invocation du *forum non conveniens* (voy. BRAUCHER, « The Inconvenient... », *op. cit.* in 60 *Harv. L. Rev.*, pp. 912-914).

jugements par défaut que les tribunaux iraniens avaient prononcés contre elle en 1982 et 1986 <sup>164</sup>.

Cette tactique ne s'avéra guère plus profitable que la première même si, à la différence de la Banque Markazi dans l'action qu'elle avait introduite en Suisse, les banques demanderesses pouvaient se prévaloir des dispositions des Accords d'Alger, et singulièrement de la section 14 de la Déclaration générale qui, se référant aux avoirs que l'ex-Shah et les membres de sa famille pouvaient posséder aux États-Unis, précisait que « (...) the United States will make known, to all appropriate U.S. Courts, (...) that Iranian decrees and judgments relating to such assets should be enforced by such Courts in accordance with United States law » <sup>165</sup>.

La relative imprécision de ces termes allait à nouveau mettre à mal les prétentions iraniennes. Car face au moyen de défense déduit par Shams Pahlavi des exigences du *due process* auquel sont en règle subordonnées, sur le territoire des États-Unis, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères, ces termes pouvaient être lus de deux manières. La première, absolue, avait la faveur des banques demanderesses, pour qui « the Algerian Accords [had] somehow elided the due process requirement from the law of the United States as far as Pahlavi is concerned » <sup>166</sup>. La seconde, plus restrictive, avait la préférence de la défenderesse, qui estimait avoir conservé le droit de s'opposer à l'*exequatur* recherché, notamment sur la base du *due process*.

La Cour du district central de Californie et, en appel, la Cour du neuvième circuit firent choix de la seconde interprétation. Il faut dire qu'à la différence des juges new-yorkais, saisis des actions introduites contre l'ex-shah, son épouse et sa sœur Ashraf, elles trouvaient dans le texte des Accords même le fondement d'une interprétation restrictive : la locution « in accordance with United States law » qui accompagnait

<sup>164</sup> Voy. la décision d'appel, *Bank Melli Iran v. Pahlavi*, 58 F.3d 1406 (9th Circ. 1995).

<sup>165</sup> Les banques demanderesses étaient « at the very least closely associated with the government (58 F.3d, p. 1408). Aussi la Cour ne douta pas, « [a]lthough they have not submitted evidence to that effect », qu'ayant la qualité d'« instrumentality » de l'État iranien au sens de l'article VII, § 3, de la Déclaration sur le règlement des différends, elles étaient autorisées à se prévaloir du texte des accords (*ibid.*, p. 1410, note 3).

l'engagement pris par le gouvernement américain semblait naturellement inclure les exigences du *due process* dans le processus de mise à exécution des décisions iraniennes <sup>167</sup>. Le négociateur américain, M. Warren Christopher, l'avait confirmé d'ailleurs en précisant devant les membres de la commission des Affaires étrangères de la Chambre des représentants qu'il ne se concevait pas que cette exigence dût être respectée dans les procès que la République islamique introduirait devant les tribunaux américains sans devoir être pareillement suivie à l'occasion d'actions « indirectes » tendant à l'*enforcement* d'une décision iranienne <sup>168</sup>. Le motif principal de la décision n'était pourtant ni dans cet argument de texte, ni dans le recours aux « travaux préparatoires » des Accords. Il tenait, à l'instar de celui retenu par les juges new-yorkais dans l'action introduite contre l'ex-shah et son épouse, dans le souci de la Cour de « sauvegarder » la conformité des Accords à la Constitution nord-américaine : de la même manière que le gouvernement américain n'avait pu, par les Accords, disposer de la compétence des juges fédérés de l'État de New-York, de même il n'avait pu atténuer à l'égard de l'ancien shah et des membres de sa famille les exigences du *due process*. Prêter aux négociateurs américains l'intention « to change the law of this country in that backhanded a fashion » revenait pour la Cour à ranimer inutilement les controverses qui avaient déjà entouré, devant la Cour suprême, la constitutionnalité des Accords <sup>169</sup>.

La demande fut donc rejetée, moins d'ailleurs parce qu'*in casu* les droits de la défense de M<sup>me</sup> Pahlavi avaient été violés que parce que l'Iran avait manqué à son devoir d'établir « [a] system of jurisprudence likely to secure an impartial administration of justice » <sup>170</sup>.

Ainsi les Accords d'Alger se voyaient-ils à nouveau prêter une portée restrictive, là où la jurisprudence de la Cour suprême — relayée, à l'égard des demandes formées

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 1410.

<sup>167</sup> *Id.*

<sup>168</sup> *Ibid.*, pp. 1410-1411.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 1411.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 1413, citant *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, et 40 L.Ed. 95 (1895), ici, 159 U.S., p. 202. La Cour rejeta en outre l'argument soulevé par les banques demanderesse, selon lequel l'invocation par M<sup>me</sup> Pahlavi du moyen tiré du *forum non conveniens* pour obtenir le rejet d'une action portée directement contre elle devant les juges américains constituait une cause d'*estoppel* la privant du droit de se prévaloir d'une méconnaissance des exigences du *due process* (58 F.3d, p. 1413).

par d'anciens otages de l'Ambassade américaine, par les juges du fond — laissait entrevoir plus d'audace. L'interprétation retenue étonne d'autant plus que la section 14 de la Déclaration générale d'Alger se référait indifféremment, pour en garantir l'*enforcement*, aux mesures administratives ou judiciaires que les autorités iraniennes pouvaient prendre à l'égard des biens américains de l'ancien Shah ou des membres de sa famille (« Iranian decrees and judgments »). L'on aperçoit difficilement pourquoi les négociateurs auraient entendu suspendre l'exécution des jugements aux exigences strictes du *due process*, au moment même où ils entrevoyaient la possibilité de l'exécution de décrets de confiscation, pris quant à eux sur une base unilatérale et sans aucun respect des droits de la défense... Tout le paradoxe des Accords d'Alger apparaît à nouveau, qui, quels que soit l'ampleur apparente des engagements pris par le gouvernement américain, ne rendirent possible aucune restitution à l'Iran des biens de l'ancien Shah et des membres de sa famille — les noms d'Ashraf et de Shams Pahlavi étant, « based upon the final termination of all pertinent litigation », bientôt retirés de la liste des personnes dont les avoirs étaient bloqués et devaient faire l'objet d'une information sur la base de l'*Executive Order* No. 12284 <sup>171</sup>.

Les Accords d'Alger avaient dans cette mesure tourné pour l'Iran à un jeu de dupes — sans pourtant, semble-t-il, que cet État ne se prévale devant le Tribunal arbitral des moyens que lui ouvrait la section 16 de la Déclaration générale, aux termes de laquelle « [i]f any dispute arises between the parties as to whether the United States has fulfilled any obligation imposed upon it by Paragraphs 12-15, inclusive, Iran may submit the dispute to binding arbitration by the tribunal established by, and in accordance with the provisions of, the Claims Settlement Agreement ».

\*  
\* \*

---

<sup>171</sup> Voy. resp. 56 Fed. Reg. 40552 (1981), pp. 40552 et 40553, retirant, à la date du 15 août 1991, le nom de « Ashraf Pahlavi », et 61 Fed. Reg. 8216 (1996), p. 8216, *err.*, 61 Fed. Reg. 15382 (1996), p. 15382, retirant, à la date du 1<sup>er</sup> mars 1996, le nom de « Shams Pahlavi », de la liste des personnes dont les avoirs étaient bloqués. Il ne paraît pas que l'Iran ait, au lendemain de l'échec des actions introduites, lancé d'autres procédures devant les juridictions américaines, de sorte que plus aucun avoir n'est actuellement bloqué aux États-Unis sur la base de l'*Executive Order* No. 12284.

Les tentatives de récupération introduites contre l'ancien shah et les membres de sa famille sont loin pourtant d'être dénuées de tout enseignement. L'attachement manifesté par les autorités suisses et américaines — les unes et les autres ayant à leur manière encouragé la République islamique à emprunter la voie juridictionnelle ordinaire — au respect de la propriété privée des défendeurs marque le virage que prirent, à l'aube des années '80, les tentatives de récupération. À partir de ce moment, les États qui se prétendaient « victimes » de vols ou de détournements tournèrent définitivement le dos à la confiscation pour se glisser dans la peau du plaideur, et obtenir des tribunaux que soit brisée *dans le respect des règles* la protection qui s'attachait au patrimoine privé des défendeurs. Mieux que la République islamique d'Iran, la République des Philippines paraît avoir intégré ce « primat » de la voie juridictionnelle — au moins lorsque les tentatives de récupération se portaient sur un for étranger.

## CHAPITRE 2. — L'EX-PRÉSIDENT MARCOS

En nul pays les efforts entrepris par l'État pour récupérer la fortune que lui avait prétendument soustraite un ancien dirigeant n'ont été si rapidement et si complètement organisés qu'aux Philippines. Les premières mesures que prit la présidente Aquino au lendemain de l'embarquement de M. et M<sup>me</sup> Marcos et de leur suite pour Hawaï furent toutes entières pour cette nouvelle « lutte » ou « croisade », qui succédait à celle que le peuple avait menée pour chasser le dictateur du pouvoir <sup>172</sup>. Elle s'organisa d'abord à l'échelle nationale, avant que l'écho n'en parvienne à des fors étrangers, principalement — comme dans le cas de l'ancien shah — suisses et américains.

### SECTION 1<sup>re</sup>. — Les mesures « nationales »

M<sup>me</sup> Aquino n'a jamais fait mystère qu'il y avait dans la récupération des sommes détournées par M. Marcos et ses comparses une priorité de son gouvernement. La *Proclamation No. 3* du 25 mars 1986 contenant la « Constitution provisoire de la République des Philippines » assignait à la présidente, dans l'exercice du pouvoir législatif qui lui était abandonné « [u]ntil a legislature is elected and convened under a new Constitution », la tâche prioritaire de « achieve the mandate of the people to : (...) (d) Recover ill-gotten properties amassed by the leaders and supporters of the previous

---

<sup>172</sup> D. J. CHU, « Marcos Mania : The Crusade to Return Marcos' Billions to the Philippines through the Federal Courts », 18 *Rutgers L. Journ.* 217 (1986).

regime and protect the interest of the people through orders of sequestration or freezing of assets or accounts » <sup>173</sup>.

Trois temps divisèrent l'accomplissement de ce « mandat » populaire. Les deux premiers étaient immédiatement liés à la révolution de février 1986. Le troisième, destiné à s'étendre dans la durée, ne semble à ce jour pas encore totalement achevé.

### § 1<sup>er</sup>. — *La Commission présidentielle pour un gouvernement honnête*

Le premier temps fut spectaculaire. « Doublant » en quelque manière les institutions du *Tanogbayan* et du *Sollicitor General* des Philippines ordinairement en charge de la recherche et de la poursuite des infractions, la présidente confia à une institution spéciale, indépendante du pouvoir judiciaire et étroitement liée au gouvernement, le soin de remettre la main sur les « avoirs mal acquis ». Tel fut l'objet de l'*Executive Order No. 1* du 28 février 1986, instituant une « Commission présidentielle pour un gouvernement honnête » (*Presidential Commission on Good Government*), « charged with the task of assisting the President in regard to (...) [t]he recovery of all ill-gotten wealth accumulated by former President Ferdinand E. Marcos, his immediate family, relatives, subordinates and close associates, whether located in the Philippines or abroad, including the takeover or sequestration of all business enterprises and entities owned or controlled by them, during his administration, directly or through nominees, by taking undue advantage of their public office and/or using their powers, authority, influence, connections or relationship » <sup>174</sup>.

Le choix ainsi fait d'une commission administrative <sup>175</sup> témoignait assez bien que le nouveau gouvernement philippin n'entendait pas — du moins pas initialement —

<sup>173</sup> *Philippine Law Gazette*, vol. 9, No. 5, special issue, Nov. 1986, Appendix « B », pp. 109 et s., ici, p. 110, reproduit dans H. S. DE LEON, *Textbook on the Philippine Provisional Constitution*, Rex Book Store, Manila, 1986, p. 36 (« shall give priority to measures to (...) »).

<sup>174</sup> CREATING THE PRESIDENTIAL COMMISSION ON GOOD GOVERNMENT, *E.O. No. 1* (1986), Sec. 2 [a].

<sup>175</sup> S. V. CUEVAS JR., « The Philippine Commission on Good Government and Sequestration : an Inquiry into its Constitutionality or Unconstitutionality », 61 *Philippine L. Journ'l* 84 (1986), p. 89; F. E.



mettre en œuvre à l'égard de M. et M<sup>me</sup> Marcos les instruments de la répression pénale : dans un système juridique d'inspiration anglo-saxonne marqué par la règle de la comparution personnelle du prévenu, le risque eût été trop grand de faire revenir aux Philippines un couple qui y jouissait encore, croyait-on, d'une belle popularité. L'accent était mis d'emblée, et exclusivement, sur une prétention de nature patrimoniale, consistant dans la récupération d'avoirs frauduleusement soustraits <sup>176</sup>.

La Commission se voyait à cette fin reconnaître deux catégories de pouvoirs. Les premiers, de nature « quasi-judiciaire » <sup>177</sup>, la rapprochaient d'une juridiction d'instruction. « In order to ascertain the facts germane to its objectives », elle était en droit de « conduct investigations; require submission of evidence by *subpoenae ad testificandum* and *duces tecum*; administer oaths; punish for contempt » <sup>178</sup>. Les seconds, d'ordre administratif, en faisaient une manière de séquestre ou de curateur public : la Commission pouvait placer sous séquestre (*to sequester or place or cause to be placed under its control or possession*) tout immeuble ou bureau dans lequel des avoirs détournés ou des éléments de preuve y relatifs pouvaient se trouver, en vue d'en prévenir la destruction, la dissimulation ou la disparition <sup>179</sup>, et, plus encore, prendre momentanément le contrôle (*provisionnaly take over*) de toutes « business enterprises and properties taken over by the government of the Marcos Administration or by entities or persons close to former President Marcos », ceci aussi bien « in the public interest » qu'en vue d'en prévenir « the disposal or dissipation » <sup>180</sup>.

---

GARCHITORENA, « Sequestration : A Review », 36 *At. L. Journ.* 1 (1992), p. 5. Les membres de la commission, parfaitement indépendants du pouvoir judiciaire, pouvaient de plus lui opposer privilèges et immunités : aux termes de la section 4 [a] et [b], « [n]o civil action shall lie against the commission or any member thereof for anything done or omitted in the discharge of the task contemplated by this order », et « [n]o member or staff of the commission shall be required to testify or produce evidence in any judicial, legislative or administrative proceeding concerning matters within its official cognizance ». Le président de la commission était en outre membre de droit du gouvernement — de sorte qu'on ne pouvait qualifier celle-ci de « semi-judicial agency » (D. L. M. MARIANO, « Was government serious about the PCGG ? », *Philippine Free Press*, 10 sept. 1988, p. 7, cité par M. YOKOYAMA, « Marcos'Yen for Corruption », *Kasarinlan*, vol. 5 (4<sup>e</sup> trim. 1990), p. 7) qu'aux prix d'un certain effort de langage.

<sup>176</sup> Le préambule de l'*Executive Order* porte à cet égard que « vast resources of the government have been amassed by former President Ferdinand E. Marcos, his immediate family, relatives, and close associates both here and abroad » et que « there is an urgent need to recover all ill-gotten wealth » (Whereas Clauses (Preamble)).

<sup>177</sup> *Presidential Commission on Good Government v. Peña*, 159 S.C.R.A. 556 (1988), p. 564.

<sup>178</sup> Sec. 3 [a], [e] et [f].

<sup>179</sup> Sec. 3 [b].

Elle avait enfin, de manière générale, le pouvoir « to enjoin or restrain any actual or threatened commission of acts by any person or entity that may render moot and academic, or frustrate or otherwise make ineffectual the efforts of the Commission to carry out its task under [the] order » <sup>181</sup>, et « to promulgate such rules and regulations as may be necessary to carry out the purposes of [its creation] » <sup>182</sup>.

## § 2. — *Le gel des avoirs de l'ancien président*

Il faut croire que les pouvoirs ainsi reconnus à la Commission n'étaient pas suffisants pour réagir dans l'urgence à l'égard des biens de M. et M<sup>me</sup> Marcos eux-mêmes. Le 12 mars 1986 en effet, la Présidente — « évoquant » en quelque manière les pouvoirs qu'elle avait délégués à la Commission — intervint par la voie de l'*Executive Order No. 2* pour geler « all assets and properties in the Philippines in which former President Marcos and/or his wife, Mrs. Imelda Romualdez Marcos, their close relatives, subordinates, business associates, dummies, agents, or nominees have any interest or participation », interdire à toute personne « under pain of such penalties as are prescribed by law » « from transferring, conveying, encumbering, concealing or dissipating said assets and properties in the Philippines and abroad » ou d'y prêter son concours, et exiger de toute personne « in the Philippines holding such assets or properties, whether located in the Philippines or abroad, in their names as nominees, agents or trustees, to make full disclosure of the same to the Commission on Good Government within thirty days from publication of [the] Executive Order or the substance thereof, in at least two newspapers of general circulation in the Philippines » <sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Sec. 3 [c].

<sup>181</sup> Sec. 3 [d].

<sup>182</sup> Sec. 3 [h].

<sup>183</sup> REGARDING THE FUNDS, MONEYS, ASSETS, AND PROPERTIES ILLEGALLY ACQUIRED BY FORMER PRESIDENT FERDINAND MARCOS, MRS. IMELDA ROMUALDEZ MARCOS, THEIR CLOSE RELATIVES, SUBORDINATES, BUSINESS ASSOCIATES, DUMMIES, AGENTS, OR NOMINEES, *E.O. No. 2* (1986).

Ces dispositions s'étendaient à l'ensemble du patrimoine de M. et M<sup>me</sup> Marcos et de leurs comparses, sans aucune discrimination entre les avoirs réguliers et les « avoirs mal acquis » (*ill-gotten wealth*), seuls en cause dans le texte de l'*Executive Order No. 1* <sup>184</sup>.

### § 3. — Les procès devant le Sandiganbayan

Les mesures prises sur la base des *Executive Orders No. 1* et 2 n'avaient en toute hypothèse de portée que strictement provisoire <sup>185</sup>. Sur le fond, le gouvernement philippin n'entendait pas faire exception à l'endroit de M. et M<sup>me</sup> Marcos et de leurs comparses aux garanties de la *rule of law* et du *due process* — l'un des considérants de l'*Executive Order No. 2* précisant que « in accordance with the requirements of justice and due process, it is the position of the new democratic government that former President Marcos and his wife (...), their close relatives, subordinates, business associates, dummies, agents or nominees be afforded fair opportunity to contest these claims before appropriate Philippine authorities » <sup>186</sup>.

L'*Executive Order No. 14* du 7 mai 1986 le confirma en termes exprès. Non seulement il obligea la Commission à s'acquitter de ses pouvoirs, même justifiés par des

---

<sup>184</sup> F. E. GARCHITORENA, « Sequestration... », *op. cit.* in 36 *At. L. Journ.*, p. 4. Les considérants de l'*Order* contenaient bien, quant à eux, les principes de pareille discrimination : « the government of the Philippines is in possession of evidence showing that *there are assets and properties* purportedly pertaining to former President Ferdinand E. Marcos, and/or his wife Mrs. Imelda Romualdez Marcos, their close relatives, subordinates, business associates, dummies, agents, or nominees which had been or were acquired by them directly or indirectly, through or as a result of the improper or illegal use of funds or properties owned by the Government of the Philippines or any of its branches, instrumentalities, enterprises, banks or financial institutions, or by taking undue advantage of their office, authority, influence, connections or relationships, resulting in their unjust enrichment and causing grave damage and prejudice to the Filipino people and the Republic of the Philippines » et « *said assets and properties* are in the form of bank accounts, deposits, trusts, accounts, shares of stocks, buildings, shopping centers, condominiums, mansions, residences, estates, and other kinds of real or personal properties in the Philippines and in various counties in the world » (Whereas Clauses (Preamble), je souligne).

<sup>185</sup> *Bataan Shipyard & Engineering Co., Inc. vs. Presidential Commission on Good Government*, 150 S.C.R.A. (1987), égal. publ. dans *The Lawyers Review*, 31 juill. 1987, p. 5, qui rejette pour cette raison l'accusation, dirigée par maints auteurs contre le nouveau gouvernement philippin, d'avoir frappé M. et M<sup>me</sup> Marcos et leurs comparses d'un véritable *bill of attainder* (voy. en particulier les contributions de S. V. CUEVAS JR., « The Philippine Commission... », *op. cit.*, et de E. B. BAUTISTA, « The PCGG : A Critical Examination of its Enabling Laws, Rules and Regulations, and Practices », parues dans le volume 61 du *Philippine Law Journal*, resp. pp. 84 et s. et 116 et s.).

<sup>186</sup> Whereas Clauses (Preamble).

« overriding considerations of national interest and national survival », « with due regards to the requirements of fairness and due process » <sup>187</sup>, mais il pourvut à la suite des « dossiers » dont elle était provisoirement chargée en l'autorisant « with the assistance of the Office of the Solicitor General and other government agencies » « to file and prosecute all cases investigated by it » devant le *Sandiganbayan* — juridiction spéciale instituée à l'époque de l'ancien président pour connaître des cas de corruption des fonctionnaires publics — qui se voyait doté à leur égard d'une compétence « originale » et « exclusive » <sup>188</sup>.

Cette suite « judiciaire » prit un caractère obligatoire dans le texte de la Constitution ratifiée le 2 février 1987 <sup>189</sup>. Sous le titre « Recovery of ill-gotten wealth », celle-ci limita à dix-huit mois à dater de son entrée en vigueur la période dans laquelle la Commission pouvait exercer ses pouvoirs de mise sous séquestre ou de gel d'avoirs — délai que le Congrès pouvait prolonger dans l'intérêt national. Elle précisa de plus que pareilles mesures exigeaient la démonstration d'un « *prima facie* case ». Elle décida enfin que ces mesures prendraient automatiquement fin si elles n'étaient suivies dans les six mois de leur promulgation de l'introduction d'une action devant le *Sandiganbayan*. Ce délai de six mois commençait à courir, à l'égard des mesures promulguées antérieurement à la ratification de la Constitution, à dater du jour de cette ratification — ce qui fixait l'échéance au 2 août 1987 <sup>190</sup>.

\*  
\* \*

Il est difficile de faire le bilan des mesures entreprises sur le territoire philippin pour récupérer les avoirs détournés sous l'ancien régime. C'est paradoxalement à l'égard de M. et M<sup>me</sup> Marcos eux-mêmes que les données manquent le plus : commentant les dispositions de l'*Executive Order No. 2*, le président du *Sandiganbayan* devait avouer en

---

<sup>187</sup> JURISDICTION OVER ILL-GOTTEN WEALTH CASES, E.O. No. 14 (1986).

<sup>188</sup> *Id.*

<sup>189</sup> *The Constitution of the Republic of the Philippines*, texte adopté le 15 octobre 1986 par la Commission constitutionnelle, Manille, The Constitutional Commission of 1986. Le texte est reproduit et commenté par A. B. PADILLA, *The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines with Comments and Cases*, 3 vol., Manille, National Bookstore, 1990.

<sup>190</sup> Art. XVIII, Sec. 26.

1992 que « [t]here is (...) no data available regarding the extent to which this was implemented over the assets and properties of these persons or the document by which this may have been actually effected » <sup>191</sup>.

Ce n'est pas faute pour la Commission pour un gouvernement honnête d'avoir exercé les amples pouvoirs dont l'*Executive Order No. 1* l'avait revêtue : la mise sous séquestre de nombreuses sociétés fonctionnant dans les secteurs industriels, bancaires, financiers ou de services appartenant à M. et M<sup>me</sup> Marcos ou leurs *cronies* a valu à la Commission un concert de critiques que nourrissaient principalement une manière d'abus dans l'exercice de ses pouvoirs <sup>192</sup>, des luttes intestines <sup>193</sup> et des rumeurs de corruption qui allèrent s'amplifiant <sup>194</sup>. La Cour suprême n'y mit que partiellement fin, en des arrêts nombreux rendus dans les premiers mois de 1987, qui confirmèrent tout à la fois, au nom du « droit de nécessité », la conformité de sa création — et des pouvoirs dont elle était parée — à la Constitution <sup>195</sup>; sa primauté à l'égard des juridictions ordinaires; et sa soumission à la juridiction exclusive du *Sandiganbayan* <sup>196</sup>.

C'est précisément la suite judiciaire réservée à ces dossiers qui paraît avoir laissé le plus à désirer, la Commission n'ayant mis à la cause devant le *Sandiganbayan*, dans le délai de forclusion que fixaient les dispositions transitoires de la Constitution, que les *cronies* de l'ancien couple présidentiel, sans prendre soin d'y adjoindre les sociétés elles-mêmes — personnalités juridiques distinctes — qui faisaient l'objet de l'ordre de séquestre <sup>197</sup>.

---

<sup>191</sup> F. E. GARCHITORENA, « Sequestration... », *op. cit.* in 36 *At. L. Journ.*, p. 4, note 13.

<sup>192</sup> B. S. ALDEGUER, « The Exercise Of The Right To Vote Sequestered Shares : The Case of The Coconut Farmers », 36 *At. L. Journ.*, pp. 44 et s.

<sup>193</sup> « Scramble for power. Infighting pervades Aquino's good government body », *Far Eastern Economic Review*, 17 sept. 1987, p. 26.

<sup>194</sup> « Aquino's commission on good government accused of malpractices. Tainted watchdogs », *Far Eastern Economic Review*, 17 sept. 1987, p. 22.

<sup>195</sup> Voy. singulièrement *Bataan Shipyard & Engineering Co., Inc. vs. Presidential Commission on Good Government*, *supra*, note 185, qui fait partiellement application de l'adage *salus populi est suprema lex* (J. S. DESUASIDO, « The Doctrine of Piercing the Corporate Veil as Applied by the Presidential Commission on Good Government (PCGG) », 38 *At. L. Journ.* 181 (1993), p. 196).

<sup>196</sup> *Presidential Commission on Good Government v. Peña*, *supra*, note 177.

<sup>197</sup> Les décisions de débouté rendues sur cette base par le *Sandiganbayan* furent cassées par la Cour suprême le 23 janvier 1996, en cause *Republic of the Philippines v. Sandiganbayan*, et renvoyées au juge du fond pour que le procès s'y poursuive (*The Lawyers Review*, Feb. 28, 1995, p. 29). Voy. sur la question J. S. DESUASIDO, « The Doctrine... », *op. cit.* in 38 *At. L. Journ.*, pp. 202 et s.

L'ancien couple présidentiel lui-même, exilé à Hawaï, parut assuré longtemps d'une relative paix judiciaire. L'ouverture annoncée en juillet 1987, devant le *Tanodbayan*, d'un « procès civil » tendant à la récupération de quelque 200 milliards de pesos « in alleged ill-gotten wealth », augmentée de 250 millions de pesos « as reimbursement of expenses in tracking down the « hidden wealth » », de 200 millions de pesos « in actual damages », de 50 millions de pesos « for moral damages », d'un million de pesos « for exemplary damages », et de « unspecified amounts in other damages and attorney's fees »<sup>198</sup>, ne devait connaître de suite qu'au lendemain du décès de M. Marcos, survenu à Hawaï le 28 septembre 1989, et du retour de M<sup>me</sup> Marcos aux Philippines, le 4 novembre 1991<sup>199</sup>. Plusieurs actions pénales, autrefois empêchées par la règle de la présence personnelle<sup>200</sup>, furent à cette date introduites contre l'ex-first lady et certains de ses enfants pour fraude fiscale, violation des lois sur le contrôle des changes et, *last but not least*, de l'*Anti-Graft And Corrupt Practices Act* et de l'*Unexplained Wealth Act* — deux lois antérieures à l'accession de M. Marcos au pouvoir, qui, la première, frappait de sanctions pénales tout « officier public » coupable de « pratiques corrompues », et, la seconde, organisait la confiscation au profit de l'État des « propriétés illégalement acquises »<sup>201</sup>.

Avec un succès relatif, et d'assez courte durée, M<sup>me</sup> Marcos fut, en deux jugements du 24 septembre 1993, reconnue coupable par la première chambre du *Sandiganbayan* d'avoir, alors qu'elle dirigeait, au début des années '80, la société publique des transports de Manille, violé la section 3 (g) de l'*Anti-Graft And Corrupt Practices Act*, qui répute « corrupt practice » le fait pour un fonctionnaire public d'« [e]nter[...], on behalf of the Government, into any contract or transaction manifestly and grossly disadvantageous to the same, whether or not the public officer profited or will profit

<sup>198</sup> *Manila Chronicle*, 17 juill. 1987.

<sup>199</sup> « Over his dead body », *Far Eastern Economic Review*, 15 août 1991, p. 12; « Marcos postpones return to Manila », *ibid.*, 10 oct. 1991, p. 14; « Aquino allows return of Marcos remains », *ibid.*, 24 oct. 1991, p. 14; « Second time lucky », *ibid.*, pp. 8-9, et « First Lady fades », *ibid.*, 21 nov. 1991, p. 20.

<sup>200</sup> Cf. « No Ferdie, No Money. Last minute trade-off will be the only chance to recover Marcos' Millions », *Conjuncture*, July 1989, p. 4.

<sup>201</sup> Resp. *Republic Acts* No. 3019 du 17 août 1960, ANTI-GRAFT AND CORRUPT PRACTICES ACT, et 1379 du 18 juin 1955, AN ACT DECLARING FORFEITURE IN FAVOR OF THE STATE [OF] ANY PROPERTY FOUND TO HAVE BEEN UNLAWFULLY ACQUIRED BY ANY PUBLIC OFFICER OR EMPLOYEE AND PROVIDING FOR THE PROCEDURE THEREFOR, l'un et l'autre rep. dans J. N. NOLLEDO, *The New Constitution of the Philippines Annotated*, 1990 Ed., Metro Manila, National Book Store, 1990, resp. pp. 1245 et 1251.

thereby »<sup>202</sup>. La peine prononcée fut, en chacune des causes, « to suffer (...) imprisonment for an indeterminate period of 9 years and 1 day as minimum to 12 years and 10 days as maximum, with perpetual disqualification from public office »<sup>203</sup>. Aucune de ces condamnations n'est cependant devenue définitive. L'élection de M<sup>me</sup> Marcos au Congrès, au mois de mai 1995<sup>204</sup>, semble avoir retardé longtemps l'examen, par la Cour suprême, de l'appel qu'elle avait interjeté contre ces jugements — appel dont la Cour a récemment admis le bien-fondé, acquittant M<sup>me</sup> Marcos des condamnations prononcées contre elle<sup>205</sup>. L'apparent retard de la procédure, et d'autres circonstances sur lesquelles je reviendrai, ont entre-temps conduit les parties à chercher les termes d'un arrangement financier dont elles n'ont à ce jour pu arrêter les termes définitifs<sup>206</sup>.

En aucun cas, quoiqu'il en soit, les autorités philippines qui se mirent en place au lendemain du départ du pouvoir de l'ancien président Marcos ne prétendirent imposer aux gouvernements étrangers le respect de mesures à vocation extraterritoriale. Bien

---

<sup>202</sup> Les « contrats » mis en cause concernaient des prêts à faible taux d'intérêt consentis par cette société à un hôpital privé que dirigeait M<sup>me</sup> Marcos (« Fallen Woman. Imelda Marcos found guilty on graft charges », *Far Eastern Economic Review*, 7 oct. 1993, p. 22).

<sup>203</sup> Voy. *Imelda R. Marcos v. The Honorable Sandiganbayan (First Division) and the People of the Philippines*, S.Ct., Aug. 9, 1995, publ. dans *The Lawyers Review*, Sept. 30, 1995, p. 37, qui rejette le recours formé par M<sup>me</sup> Marcos contre une décision du 18 février 1994 lui interdisant de quitter le pays, pour raisons médicales, pendant qu'elle était en liberté sous caution. Le fils aîné de l'ancien président, Ferdinand Jr., fut de son côté, le 31 juillet 1995, condamné à neuf ans d'emprisonnement pour fraude fiscale par un tribunal de Quezon City (« Tax Time for Bongbong. Authorities pick an easy Marcos-family target », *Far Eastern Economic Review*, 17 août 1995, p. 20).

<sup>204</sup> Voy. *Imelda Romualdez-Marcos v. Commission on Elections and Cirilo Roy Montejo*, S.Ct., Sept. 18, 1995, publ. dans *The Lawyers Review*, Oct. 31, 1995, p. 20. Cet arrêt, prononcé *en banc*, réforme une décision de la Commission électorale nationale (*Commission on Elections* ou « COMELEC »), qui, au mois d'avril précédent, avait jugé « irrecevable » la candidature de M<sup>me</sup> Marcos, à défaut pour elle de remplir la condition de « résidence » d'un an prescrite par la loi électorale (l'incident est rapporté sous le titre « Imelda Marcos Barred » par le *Far Eastern Economic Review* du 4 mai 1995, p. 13).

<sup>205</sup> *Le Temps*, 7 oct. et *Le Monde*, 8 oct. 1998. Le *Journal de Genève* du 30 janvier 1998, se fondant sur des dépêches d'agences, rapportait que la Cour suprême avait, le 29 janvier, « confirmé le jugement pour corruption d'Imelda Marcos », et l'avait « condamnée à une peine de 9 à 12 ans de prison et à l'interdiction d'occuper une fonction publique ». M<sup>me</sup> Marcos, poursuivait le journal, « avait cependant encore la possibilité de déposer un nouveau recours et pourrait rester en liberté jusqu'à une nouvelle décision de justice ». On trouvait la même information dans *Le Monde* des 12 février, et 3 et 4 mai 1998. Il semble que l'*ex-first lady* ait enfin, et définitivement, obtenu gain de cause — au lendemain de l'élection présidentielle du 11 mai 1998.

<sup>206</sup> Cf. « La veuve Marcos ne renonce pas à son magot », *L'Hebdo*, 25 mai 1995, p. 31, et le *Journal de Genève* des 2, 8, 10 et 23 oct. 1997 — qui précisait que selon les négociations les plus récentes, le gouvernement conserverait 75 % des avoirs placés à l'étranger. *Le Temps* du 13 octobre 1998 annonçait encore, au lendemain de l'acquiescement de M<sup>me</sup> Marcos, que « [l]e gouvernement philippin [allait] entamer (...) avec la famille (...) des négociations sur le partage de la fortune amassée par l'ancien dictateur » — après s'être entendu sur ce point avec la rébellion communiste (*La Libre Belgique*, 12 mars 1998).

plutôt s'efforcèrent-elles d'obtenir d'eux une entraide volontaire, tendant au gel des avoirs de l'ancien couple présidentiel dans l'attente de la solution des procès qu'elles se proposaient d'introduire contre eux. L'*Executive Order No. 2* autorisait ainsi la Commission pour un gouvernement honnête à s'adresser (*to request and appeal*) aux États étrangers sur le territoire desquels pouvaient se trouver des « avoirs mal acquis » afin d'obtenir d'eux des mesures analogues à celles qu'elle avait elle-même ordonnées sur le territoire philippin, « pending the outcome of proceedings in the Philippines which were instituted to ascertain whether these properties and assets were lawfully acquired »<sup>207</sup>. Or, même limitée au gel provisoire d'avoirs, cette demande d'entraide se heurta à la plus grande réticence des gouvernements sollicités, ce qui contraignit les autorités philippines à faire rapidement choix, devant les fors étrangers eux-mêmes, de la voie des procès, pour obtenir par la voie judiciaire les mesures — essentiellement provisoires — qu'elles avaient peine à se voir accorder sur un plan purement administratif. Ce qui, comme dans le cas de l'ancien shah d'Iran, divisa en deux phases — « administrative » et « judiciaire » — les procédures de récupération introduites devant des fors étrangers.

## SECTION 2. — En Suisse

### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

Les autorités suisses paraissent avoir été les plus réceptives à la demande de collaboration administrative que leur adressaient les autorités philippines. Cette demande leur parvenait à un moment où la Commission fédérale des banques — l'organe de surveillance prudentielle du secteur bancaire — accroissait ses pouvoirs de contrôle sur la base du « devoir de diligence » (*Sorgfaltspflicht*) dont elle avait décelé

---

<sup>207</sup> B. S. ALDEGUER, « The exercise... », *op. cit.* in 36 *At. L. Journ.*, p. 26; E. B. BAUTISTA, « The PCGG... », *op. cit.* in 61 *Philippine L. Journ.*, p. 130.



l'existence dans le texte de l'article 3, alinéa 2, c, de la « vieille » loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (L.B.)<sup>208</sup>.

Dans un communiqué de presse du 21 mars 1986 — près d'un mois et demi après que l'ex-président Marcos eut trouvé refuge aux États-Unis —, la Commission « attir[a] l'attention des banques sur leur devoir accru de diligence (*erhöhter Sorgfalt*) lors de l'acceptation et du retrait d'avoirs appartenant à la famille Marcos et à ses proches, compte tenu des reproches formulés quant au comportement de l'ancien chef d'État philippin Ferdinand Marcos et eu égard à une demande d'entraide judiciaire que les Philippines envisageaient d'adresser à la Suisse »<sup>209</sup>. La teneur laconique de ce communiqué — qui se référait à la simple *intention* prêtée aux nouvelles autorités philippines d'adresser à la Suisse une demande d'entraide judiciaire — laissa le secteur bancaire passablement perplexe — les implications d'un « devoir accru de diligence » n'apparaissant pas clairement<sup>210</sup>. Du moins les termes employés étaient-ils suffisamment comminatoires pour conduire, le 24 mars, une banque de Zurich à informer la Commission qu'un homme d'affaires philippin, qui s'autorisait d'une procuration établie au nom de Ferdinand et d'Imelda Marcos, lui avait demandé de retirer — l'on excusera du peu — quelque deux cent treize millions de dollars en argent liquide. La banque, manifestement très solvable, précisait que, sauf instruction contraire, la demande serait exécutée le lendemain matin<sup>211</sup> !

<sup>208</sup> R.S. 952.0. Aux termes de cette disposition, « [l]es personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes garanties d'une activité irréprochable » (*einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten*) (G. HERTIG, « La diligence des banques : Les règles de conduite vis-à-vis des clients — Aspects de droit public », et U. ZULAUF, « Gläubigerschutz und Vertrauensschutz — Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz », *R.D.S.*, 1994, resp. pp. 255 à 355 et 367 à 532).

<sup>209</sup> C.F.B. *Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 127.

<sup>210</sup> R. A. RHINOW et M. BAYERDÖRFER, *Rechtsfragen der Schweizerischen Bankenaufsicht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990, n° 209, p. 79.

<sup>211</sup> P. J. HOETS et S. G. ZWART, « Swiss Bank Secrecy and the Marcos Affair », 9 *N. Y. L. Sch. Journ. Int'l & Comp. L.* 75 (1988), p. 80, notes 21 et 22, qui citent une émission télévisée de P.B.S. datée du 26 mai 1987. Le rapport de gestion de la Commission fédérale des banques rapporte simplement, quant à lui, qu'une banque l'informa qu'« un représentant de Marcos demandait le retrait de fonds très importants » (C.F.B. *Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 127). Plus laconiquement encore, le *New York Times* du 21 avril 1986 indique qu'une banque avait informé les autorités suisses « that it had received a request to transfer out of the country funds deposited in an account controlled by the Marcos family ».

La Commission s'abstint d'intervenir directement — bien que l'article 23<sup>ter</sup>, al. 1<sup>er</sup>, L.B., lui en eût donné le pouvoir <sup>212</sup>. Elle transmet l'information au Conseil fédéral, réuni à Berne à l'occasion d'un dîner officiel offert en l'honneur du président finlandais <sup>213</sup>, qui ordonna aussitôt, sur la base de l'article 102, chiffre 8, de la Constitution fédérale, le gel des avoirs de la famille Marcos et des personnes ou sociétés qui lui étaient proches <sup>214</sup>. Six banques seulement étaient concernées par le blocage — ce qui explique sans doute que la mesure ne fut pas publiée, mais simplement notifiée aux banques qu'elle intéressait <sup>215</sup>.

Dans une lettre circulaire du 26 mars 1986, la Commission fédérale des banques fit enfin savoir à « toutes les banques concernées qu'il ne serait pas compatible avec la condition légale d'autorisation exigeant la garantie d'une activité irréprochable (...) qu'une banque permette le retrait d'avoirs appartenant aux personnes susmentionnées, avant que la situation juridique soit éclaircie par la voie de l'entraide judiciaire internationale », et exigea « des banques qui gèrent de tels avoirs la confirmation que, en l'état, elles ne permettraient aucun retrait de fonds » <sup>216</sup> — généralisant ainsi *de facto* à l'ensemble du secteur bancaire la portée de la mesure décidée par le Conseil fédéral.

\*

\* \*

---

<sup>212</sup> Cette disposition charge la commission, lorsqu'elle constate que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités (*Misstanden*) ont été commises, de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression de ces irrégularités. Certains commentateurs virent dans la décision de la commission de ne pas intervenir dans le cadre de cette disposition le signe qu'elle ne voyait elle-même aucune « irrégularité » dans le retrait des avoirs litigieux (R. A. RHINOW et M. BAYERDÖRFER, *Rechtsfragen...*, *op. cit.*, p. 79, n° 210).

<sup>213</sup> P. J. HOETS et S. G. ZWART, « Swiss bank secrecy... », *op. cit.* in 9 N. Y. L. Sch. Journ. Int'l & Comp. L., p. 79.

<sup>214</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1986, p. 691; D. SCHINDLER, « Art. 102. ch. 8 », in *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, *op. cit.*, état oct. 1989, p. 45, n° 111. Il paraît bien que l'ordonnance était rédigée en termes suffisamment larges pour viser les avoirs que M. et M<sup>me</sup> Marcos pouvaient détenir sous des noms d'emprunt, ou par le biais de sociétés, associations ou fondations (*New York Times*, 21 avr. 1986).

<sup>215</sup> Le résumé le plus complet s'en trouve dans le texte du « premier arrêt Marcos », rendu le 1<sup>er</sup> juillet 1987 par le Tribunal fédéral Suisse : « [L]e 24 mars 1986, le Conseil fédéral avait décidé de bloquer tous les biens et les avoirs en monnaies suisses et étrangères, les papiers-valeurs, les billets de banque, l'or, les objets de valeur ou les marchandises, tous autres droits sur des éléments de fortune et participations de toute sorte détenus pour le compte ou en faveur des membres de la famille Marcos » (1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., *Marcos et autres c. Chambre d'Accusation du Canton de Genève*, A.T.F. 113 Ib 257, égal. publ. dans *Sem. jud.*, 1987, p. 609 et 82 I.L.R. 53, et rapp. dans A.S.D.I., 1988, p. 226 et J.d.T., 1989, IV, p. 29, ici *Sem. jud.*, 1987, pp. 612-613).

<sup>216</sup> C.F.B. *Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 127.

Ainsi les autorités philippines avaient-elles obtenu des autorités helvétiques des mesures — le gel « administratif » d'avoirs — que celles-ci avaient refusées aux autorités iraniennes dans la poursuite des avoirs de l'ancien shah. De la part de la Commission fédérale des banques, cette modification d'attitude surprendra peu : il est possible de la rapporter à l'évolution plus générale de ses pouvoirs de surveillance du secteur bancaire — des pouvoirs sur l'accroissement desquels je reviendrai sommairement. Il est plus malaisé de l'expliquer de la part du Conseil fédéral lui-même, qui, en 1979, disposait déjà des pouvoirs d'intervention dont il ne fit usage que sept années plus tard. Les raisons, comme le suggéra M. Forstmoser, en sont sans doute essentiellement politiques<sup>217</sup>. Le gouvernement de M<sup>me</sup> Aquino inspirait peut-être au gouvernement suisse une sympathie plus grande que celui de l'Ayatollah Khomeiny, dont le conseiller Furgler n'avait pas manqué d'épingler qu'il n'avait qu'une maîtrise imparfaite des troubles révolutionnaires qui secouaient l'Iran<sup>218</sup>. Plus fondamentalement, c'est le souci d'éviter les complications internationales qui auraient résulté d'un retrait d'avoirs alors que le nouveau gouvernement philippin avait publiquement fait connaître ses prétentions, largement répercutées par les médias du monde entier, qui pouvait expliquer cette attitude nouvelle<sup>219</sup>. Officiellement, il s'agissait d'éviter que la demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale attendue de façon « imminente » du gouvernement philippin ne « perde son sens » parce que les comptes visés auraient été préalablement « vidés »<sup>220</sup>. Les mesures prises avaient donc par vocation un caractère provisoire. Elles furent levées un mois

---

<sup>217</sup> *New York Times*, 21 avr. 1986.

<sup>218</sup> Le conseiller fédéral avait justifié la sévérité avec laquelle les autorités suisses traitaient les demandes de paiement adressées à la Banque nationale par la Banque centrale d'Iran : « [e]s ist doch wohl verständlich, dass so gehandelt wird, wenn die Regierung selbst, die an der Macht ist, mit Bezug auf schwerste Entscheide, die in diesem Land getroffen werden, Todesurteile und Vollstreckung von Todesurteilen, mehrfach erklären musste, sie hätte davon keine Kenntnis, das sei nicht von ihr verursacht, sondern von irgendeiner Revolutionsgruppe angeordnet und vollstreckt worden » (B.O., 1979, C.N., p. 358).

<sup>219</sup> « La réputation internationale de la place financière suisse aurait certainement souffert si un retrait des avoirs en question n'avait pas été empêché en dernière minute (...). En prenant ces mesures, le Conseil fédéral et la Commission des banques ont affirmé leur volonté de s'opposer aux reproches, selon lesquels la place financière suisse serait un asile à disposition des capitaux d'origine illicite » (C.F.B. *Rapport de gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 128).

<sup>220</sup> *Id.*, p. 128, qui précise, au même endroit, que « [l]es garanties d'une procédure conforme à un État de droit n'ont pas été sacrifiées par cette manière d'agir, car il s'agissait de mesures provisoires » et que « [p]ar ailleurs, les banques et les clients concernés (...) avaient la possibilité d'exiger une décision formelle et de l'attaquer par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral ».

plus tard, le 23 avril, après que le nouveau gouvernement philippin eut officiellement, cinq jours plus tôt, saisi les autorités suisses d'une demande d'entraide pénale.

## § 2. — La phase « judiciaire »

Les autorités helvétiques ont-elles, comme l'ont suggéré quelques commentateurs, « forcé la main » des autorités philippines <sup>221</sup> ? L'on ne saurait le dire avec certitude. Il est possible que, pour échapper aux accusations d'«abus de droit» et de « détournement de pouvoir » dont elles commençaient de faire l'objet de la part de la communauté bancaire et de ses déposants, elles aient « indiqué » aux autorités philippines qu'il y avait lieu de présenter à l'Office fédéral de la police une requête d'entraide internationale en matière pénale, assortie d'une demande de mesures provisoires — elles le firent peu de temps plus tard aux « représentants de la République d'Haïti (...) venus demander aux autorités fédérales et à la Commission des banques le blocage des comptes bancaires en Suisse de l'ancien chef d'État Duvalier » <sup>222</sup>. Cette procédure judiciaire permit quoiqu'il en soit aux mesures de blocage administratives, désormais opportunément privées d'« objet » <sup>223</sup>, d'échapper à toute censure <sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> D. PONCET parla de « cette singulière situation que c'est l'« État requérant » qui est en fait (...) requis de demander l'entraide, afin de valider les mesures provisoires prises en Suisse par l'Exécutif proprio motu » (« Entraide pénale », *Schriftenreihe S.A.V.*, 1986, pp. 3 et s., cité par R. A. RHINOW et M. BAYERDÖRFER, *Rechtsfragen...*, p. 80, n° 214, note 284). L'on trouve un commentaire aussi critique sous la plume de R. CHATELAIN, « Problèmes relatifs à l'application de l'EIMP », *R.P.S.*, 1992, p. 191, qui déplora que les autorités politiques de la Confédération — « futur État requis » — aient anticipé sur la décision que les magistrats cantonaux seraient appelés à prendre sur l'admissibilité de la demande d'entraide. *Adde*, avant que ne parvienne aux autorités suisses la demande d'entraide judiciaire internationale en matière pénale du gouvernement philippin, les propos d'un membre du comité de direction de la banque Julius Baer, rapportés par le *New York Times* du 21 avril 1986 : « [n]o charges have yet been brought, and if none are brought against Marcos to justify this freeze it will be even more embarrassing because there will have been no reason for it ».

<sup>222</sup> C.F.B. *Rapport de gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 128.

<sup>223</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1986, p. 691, et C.F.B. *Rapport de gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, p. 128.

<sup>224</sup> Dans son « premier arrêt Marcos », rendu le 1<sup>er</sup> juillet 1987, le Tribunal fédéral confirma que « (...) les décisions (...) prises par le Conseil fédéral et la Commission fédérale des banques échapp[ai]ent totalement à [son] examen » (consid. 2, *Sem. jud.*, 1987, p. 614).

La demande d'entraide du *Sollicitor General* des Philippines, datée du 7 avril 1986, parvint les 18 et 25 avril suivants à l'Office fédéral de la police, par la voie de deux « notes verbales » dressées par l'Ambassade des Philippines à Berne — la première contenant une demande « informelle », et la seconde une demande « formelle » d'entraide <sup>225</sup>.

Le choix ainsi fait de la voie de l'entraide internationale en matière pénale s'explique par des raisons assez contingentes. L'appareil législatif suisse comporte depuis le 20 mars 1981 une « loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale » (*Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, E.I.M.P.), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1983, et dont l'utilisation était jusqu'alors demeurée relativement confidentielle <sup>226</sup>. Or non seulement cette loi permet l'octroi de l'entraide sur une base purement unilatérale, à défaut même de traité d'entraide — il n'y en avait pas entre les Philippines et la Suisse —, mais elle règle à côté des procédures d'extradition des mesures de « petite entraide » ou d'« entraide secondaire » qui, allant jusqu'à la saisie conservatoire (*Sicherungsbeschlagnahme*) et à la remise (*Herausgabe*) à l'État requérant du produit de l'infraction, étaient précisément celles que la République des Philippines cherchait à obtenir à l'endroit de M. Marcos et de ses comparses.

Il n'y avait à cela, dans le texte originel de la loi, qu'une seule condition : que la procédure menée à l'étranger soit, aux termes de l'article 63, al. 1<sup>er</sup>, EIMP, « liée à une cause pénale » <sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Ces termes sont utilisés par le Tribunal fédéral dans son « premier arrêt Marcos », *Sem. jud.*, 1987, p. 611. Ils sont reproduits dans un arrêt ultérieur du 21 décembre 1990 (1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., *Hoirs de Ferdinand Marcos, Imelda Marcos-Romualdez et société A. c. République des Philippines et Fribourg, Chambre d'accusation du Tribunal cantonal*, A.T.F. 116 Ib 452, égal. rapp. dans *J.d.T.*, 1993, IV, p. 159, ici A.T.F. 116 Ib, p. 454).

<sup>226</sup> R.S., 351.1.

<sup>227</sup> « Par procédure liée à une cause pénale, précisait l'alinéa 3 de cette disposition, il faut entendre notamment : *a.* La poursuite d'infractions (...); *b.* Les mesures administratives à l'égard de l'auteur d'une infraction; *c.* L'exécution de jugements pénaux et la grâce; *d.* La réparation pour détention injustifiée ». Voy. encore l'article 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, *b.*, aux termes duquel « (...) la présente loi règle toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale, soit principalement : (...) *b.* L'entraide en faveur d'une procédure pénale étrangère », et l'alinéa 4 de la même disposition, aux termes duquel « [l]a présente loi (...) ne s'applique qu'aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'État requérant permet de faire appel au juge ».

C'est là que le bât allait blesser. Que la « note verbale » du 25 avril 1986 se fût référée à l'« enquête préliminaire » ouverte contre M. Marcos, les membres de sa famille et ses « proches » par la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête agissant à l'« instance » du *Sollicitor General* des Philippines<sup>228</sup>; qu'en une « note verbale » adressée à l'Office fédéral de la police le 29 avril, l'Ambassade des Philippines en Suisse eût précisé que cette « enquête » « avait notamment pour but la mise en accusation de Marcos et consorts devant le Sandiganbayan »<sup>229</sup>; et qu'en une autre « note verbale » du 10 septembre le gouvernement philippin eût confirmé « sans équivoque » son intention de « poursuivre pénalement l'ancien chef de l'État et ceux qu'il consid[érait] comme ses complices » devant ce tribunal<sup>230</sup>, ne changeaient rien à l'affaire. La préoccupation du nouveau gouvernement philippin était toute entière, et de façon exclusive, dans la récupération des avoirs « frauduleusement acquis » — nullement dans la mise en accusation de M. et M<sup>me</sup> Marcos et de leurs comparses devant une juridiction philippine. Précisant que, « selon une déclaration du Procureur général des Philippines datée du 7 avril 1986 », une partie du produit des détournements, pour une somme s'élevant à vingt milliards de pesos, soit environ un milliard de dollars, aurait été « transféré[s] en Suisse auprès de divers établissements bancaires »<sup>231</sup>, la demande d'entraide tendait « à la mise en œuvre de recherches aux fins de déterminer les avoirs placés en Suisse par les intéressés, à la communication de tous renseignements relatifs à ces avoirs, à l'adoption par les autorités suisses de mesures conservatoires, et, en définitive, à la remise des avoirs saisis à l'État requérant »<sup>232</sup>.

Le hiatus qui se laissait ainsi dès l'abord deviner entre les intentions du gouvernement philippin et la technique utilisée ne cessa de grandir au fil des arrêts que rendit dans cette cause le Tribunal fédéral.

---

<sup>228</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 611. L'« enquête » était fondée sur divers faits de détournement tombant sous le coup de la loi No. 3019 réprimant la corruption et les pratiques corrompues, et des articles 210 à 221 du Code pénal philippin révisé « réprimant la corruption directe, l'escroquerie et les « extorsions » au préjudice du Trésor public, les transactions prohibées accomplies par les membres des autorités et la malversation des deniers et des biens publics » (*ibid.*, p. 612).

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 611.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 621, consid. 5a.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 612.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 612.

A. — L'ARRÊT DU 1<sup>er</sup> JUILLET 1987

La demande d'entraide des autorités philippines fut, dès le 21 avril 1986<sup>233</sup>, transmise par l'Office fédéral de la police aux « autorités d'exécution », c'est-à-dire aux juges d'instruction, « des cantons dans lesquels les banques concernées [avaient] leur siège »<sup>234</sup>, avec prière d'« ordonner immédiatement des mesures provisionnelles »<sup>235</sup>. Celles-ci, qui consistaient dans le blocage des avoirs litigieux, doublé de l'injonction faite aux banques de communiquer aux juges tous documents, renseignements et moyens de preuve y relatifs<sup>236</sup>, furent prises « aussitôt »<sup>237</sup>, les juges requis ayant décidé d'« entrer en matière » sur la demande d'entraide<sup>238</sup>.

Ce sont ces décisions d'« entrée en matière » qui, sur l'opposition des « personnes visées par la procédure »<sup>239</sup>, furent confirmées par le Tribunal fédéral dans son « premier arrêt Marcos », daté du 1<sup>er</sup> juillet 1987<sup>240</sup>.

<sup>233</sup> Dans le cas de la « note verbale » du 18 avril 1986. La « note » du 25 avril 1986 fut transmise aux juges d'instruction intéressés le 30 avril suivant, après que l'Office fédéral de la police eut vérifié « que celle-ci répondait aux exigences de forme prescrites par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (...) et que l'entraide demandée ne paraissait pas manifestement inadmissible » (*ibid.*, p. 613).

<sup>234</sup> Il s'agissait des cantons de Genève, Fribourg et Zürich (voy. à ce sujet Trib. Féd., 1<sup>er</sup> Cour de dr. publ., 8 mars 1993, *Hoirs de Ferdinand Marcos c. République des Philippines et Office fédéral de la police*, A.T.F. 119 Ib 56, p. 57, et I. öff. Abt., 10 déc. 1997, *Bundesamt für Polizeiwesen g. Aguamina Corporation, Bezirksanwaltschaft IV für den Kanton Zürich, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Obergericht des Kantons Zürich, und Republik der Philippinen*, n° 1A.87/1997, publ. dans A.T.F. 123 II 595, ici dans le texte délivré par la chancellerie, p. 2). C'est, je pense, de façon erronée que la « chronique des faits internationaux » fait également référence à des procédures entamées dans les cantons de Vaud et de Lausanne (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1991, p. 478).

<sup>235</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 613.

<sup>236</sup> *Id.*

<sup>237</sup> *Id.* Le 22 avril exactement, s'agissant du juge d'instruction du canton de Genève (arrêt 1A.87/1997, p. 2).

<sup>238</sup> Le *Bezirksanwaltschaft* du canton de Zürich « entra en matière » le 29 mai 1986 (voy. la décision de la *Justizdirektion Zürich* du 2 février 1987, B.Z.R., 1987, n° 86, p. 203). Le juge d'instruction du canton de Genève en fit de même le 6 juin 1986. Sa décision fut confirmée par la Chambre d'accusation du même canton le 4 février 1987 (*Sem. jud.*, 1987, p. 613). Enfin, le juge d'instruction de l'arrondissement de la Sarine « entra en matière » le 21 octobre 1986 (A.T.F. 116 Ib, p. 454).

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 613.

<sup>240</sup> *Supra*, note 215, égal. rapp. dans *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1988, p. 162. Un arrêt parallèle fut rendu le même jour, qui confirma la décision d'entrée en matière prise par le juge d'instruction de l'arrondissement de la Sarine (A.T.F. 116 Ib, p. 454).

À aucun moment, semble-t-il, les « recourants » n'ont entendu se prévaloir de l'immunité dont les délits politiques bénéficient traditionnellement en droit de l'entraide pénale internationale. Sans doute un argument de ce genre avait-il peu de chances d'aboutir. Depuis qu'à la fin du siècle dernier, le Tribunal fédéral a refusé de tenir les « délits de fonction », même accomplis en vue de « financer des activités politiques » ou de « venir en aide aux victimes de troubles sociaux intérieurs », pour des délits politiques, tant « absolus » — en raison des éléments de droit commun dont ils sont empreints <sup>241</sup> —, que « relatifs » — car même accomplis « dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir » ils ne se situent pas « dans un rapport étroit de connexité avec l'objet de cette lutte » <sup>242</sup> —, nul ne peut sérieusement soutenir que

<sup>241</sup> Voy., sous l'empire de l'ancienne loi fédérale du 22 janvier 1882 sur l'extradition (R.S. 353.0), Trib. féd., 26 fév. 1876, *Royer*, A.T.F. 2 122, qui autorisa l'extradition à la France d'un fonctionnaire de la préfecture de la Seine qui avait soustrait frauduleusement à la ville de Paris des serviettes, du papier et des livres; 28 avr. 1906, *Stephany*, A.T.F. 32 I 317, qui autorisa l'extradition à l'Empire allemand d'un commissaire de police de Strasbourg qui avait utilisé à des fins personnelles des documents contenant des renseignements confidentiels sur un particulier, et avait offert de les lui remettre moyennant finance, et 11 juill. 1973, *Losembe*, A.T.F. 99 Ia 547, qui autorisa l'extradition à la République du Zaïre d'un ancien ministre de ce pays inculpé de détournement des deniers publics. Plus récemment, Trib. féd., 4 juill. 1984, *C. und L.*, A.T.F. 110 Ib 173, qui accueillit une demande d'entraide formée par les autorités mexicaines et fondée sur la corruption présumée de deux anciens directeurs de la *Pemex*; 20 août 1987, *Ghorbanifar, Hakim et Secord*, A.T.F. 113 Ib 175, qui, dans une affaire mettant en cause le détournement au préjudice du Trésor public américain de fonds provenant de la vente d'armes à l'Iran et destinés à soutenir la *contra nicaraguayenne* (affaire de l'« Irangate »), précisa que la double circonstance que « l'opinion publique de l'État requérant [était] sensibilisée par le contexte général qui entour[ait] les faits » et que « ses autorités politiques s'en préoccup[ai]ent » ne suffisait pas à conférer à ces faits le caractère d'un « délit politique absolu »; 8 mars 1991, *Delfín Ugarte Centurión*, A.T.F. 117 Ib 64, qui accueillit la demande d'entraide formée par l'État du Paraguay, fondée sur des faits de corruption reprochés à l'ancien président de ce pays Alfredo Stroessner et à son ministre Delfín Ugarte. À ces décisions peut être ajouté l'arrêt du 5 février 1991, *K.*, partiellement publ. dans A.T.F. 117 Ib 51 et trad. dans *J.d.T.*, 1994, IV, p. 59, qui, accueillant une demande d'entraide formée par les autorités allemandes, décida que l'instigation à violation du secret de fonction et la corruption active ne constituaient pas des infractions politiques.

<sup>242</sup> Le Tribunal a toujours rejeté l'argument de particuliers qui, coupables d'infractions contre le patrimoine, se prévalaient pour échapper à l'extradition d'un mobile de nature politique — celui de « financer leurs activités politiques » ou de « venir en aide aux victimes de troubles sociaux intérieurs » (18 juill. 1906, *Belenzov*, A.T.F. 32 I 531, qui autorisa l'extradition à la Russie impériale de l'un des auteurs d'une attaque à main armée dirigée contre la Banque mutuelle de commerce de Moscou par un groupe disant agir pour secourir les victimes de la révolution et des grèves, et pour procurer au parti socialiste révolutionnaire de cette ville l'argent nécessaire à ses buts; 21 juin 1912, *Silberstein*, A.T.F. 38 I 148, qui, dans une affaire intéressant également les troubles révolutionnaires en Russie, autorisa l'extradition à ce pays d'un avocat prévenu d'abus de confiance au préjudice d'un établissement financier dont il était le directeur, et qui prétendait avoir remis les sommes détournées à un comité révolutionnaire; 23 nov. 1928, *Noblot*, A.T.F. 54 I 338, qui autorisa l'extradition à l'Allemagne d'un citoyen français poursuivi pour faux en écriture qualifié, qui soutenait avoir agi pour saboter le plan Dawes fixant les annuités des réparations dues par l'Allemagne pour les dommages de guerre; 23 janv. 1952, *Nappi*, A.T.F. 78 I 134, qui autorisa l'extradition à l'Italie de l'un des auteurs d'une attaque à main armée contre l'agence de la Banque de Naples à Caivano, accomplie pour financer les activités d'un groupe néo-faciste; 12 déc. 1975, *P. et H. Morlacchi*, A.T.F. 101 Ia 602, qui autorisa l'extradition au même pays de deux époux inculpés d'actes de brigandage commis successivement entre 1971 et 1972 contre une banque de Pergine, le siège du M.S.I. et le Centre d'études Don Sturzo de Turin, et 19 août 1983, *Licio Gelli*, A.T.F. 109 Ib 317, qui, dans une affaire



revêtent ce caractère les actes d'enrichissement personnel qui valent à d'anciens dictateurs leurs déboires judiciaires. Le Tribunal se borna donc à prendre acte que « (...) les recourants ne contestent pas sérieusement que les faits de la demande tomberaient sous le coup de plusieurs dispositions du droit pénal suisse, entre autres des art[icles] 312 à 317 [du Code pénal], qui répriment certaines infractions contre les devoirs de la fonction » <sup>243</sup>.

Bien plutôt M. Marcos et son épouse invoquaient-ils l'immunité d'exécution qui devait leur revenir personnellement « en droit des gens » <sup>244</sup>. Le Tribunal rejeta l'argument, au titre d'un parallèle avec les immunités — de juridiction et d'exécution — que les articles 31 et 37 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques établissent en faveur des agents diplomatiques et des membres de leur famille. Pareil « privilège » n'existant « en faveur de fonctionnaires ou de magistrats » qu'« en activité » et « dans l'intérêt de l'État qu'ils représentent », « [i]l serait à tout le moins contraire au système », jugea le Tribunal, « qu'un particulier, qui n'est plus chargé de représenter un État, puisse invoquer son immunité personnelle à l'encontre des intérêts mêmes de cet État » <sup>245</sup>.

---

intéressant encore l'Italie, autorisa l'extradition à ce pays d'un membre présumé de la loge maçonnique P2, à qui l'accusation reprochait des actes dont le but aurait pu être de procurer des fonds à une organisation subversive destinée à miner les bases de l'État. Comp. toutefois, en sens contraire, 12 février 1907, *Keresselidzé et Magaloff*, qui, pour refuser d'extrader à la Russie trois membres du parti socialiste fédéraliste géorgien prévenus d'avoir dévalisé la trésorerie de district de Douchet, prit soin de préciser que l'attaque était dirigée contre une banque d'État, en pleine période révolutionnaire, et par un parti politique engagé sérieusement dans la lutte pour le pouvoir, qui n'avait pas d'autres moyens que celui-là d'obtenir les fonds nécessaires au succès de son combat). Il n'était guère de raison que ce jugement se modifiât du seul fait de la qualité de « fonctionnaire public » de l'auteur de l'acte — cette qualité, tout autant que la position qu'il occupait dans l'appareil de l'État, étant indifférente, pour reprendre les propres termes du Tribunal, au regard des « circonstances, mobiles et buts » qui l'avaient « déterminé à agir » (15 mars 1886, *Kompowsky*, A.T.F. 12 120, qui autorisa l'extradition à la Russie d'un fonctionnaire de l'administration impériale qui avait détourné des sommes d'argent faisant partie de la masse des successions dévolues à l'État pour les verser au parti nihiliste dont il était membre; 17 avr. 1985, *Ch.*, A.T.F. 111 Ib 138, qui autorisa l'extradition à la Tunisie d'un citoyen de ce pays prévenu d'avoir, en sa qualité de directeur d'une agence de la Pharmacie centrale de Tunisie, détourné plus de cent trente mille dinars, et qui avait admis avoir antérieurement commis des détournements de fonds pour financer le mouvement d'opposition auquel il appartenait).

<sup>243</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 624.

<sup>244</sup> Qu'il se fût en l'espèce agi d'une immunité d'exécution fut confirmé par le « deuxième arrêt Marcos » rendu le 2 novembre 1989 par le Tribunal fédéral (1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, A.T.F. 115 Ib 496, égal. publ. dans *Sem. jud.*, 1990, p. 513, note DOMINICÉ, et 102 I.L.R. 198, et rapp. dans *R.S.D.I.E.*, 1991, p. 533 et *J.d.T.*, 1991, IV, p. 127, consid. 5a, ici A.T.F. 115 Ib, p. 498).

Le ton devint moins catégorique lorsqu'il s'agit de rejeter le deuxième argument soulevé par les « recourants », tiré de la circonstance qu'« une » procédure pénale ouverte contre eux aux Philippines, à l'appui de laquelle étaient ordonnées les mesures d'entraide, ne leur offrirait pas les garanties du « procès équitable » inscrites à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme — garanties au respect desquelles l'article 2, *litt. a*, E.I.M.P., suspendait la recevabilité de la demande d'entraide. Le Tribunal ne se prononça pas sur le fond de l'argument. Il se borna à souligner que tout jugement porté sur la procédure pénale étrangère au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était à ce stade « prématuré » : « [h]ormis les cas où la situation perturbée de l'État requérant et ses effets sur les droits des personnes qui y sont jugées sont notoires, la nature des vices de procédure, auxquels se réfère l'art[icle] 2 EIMP, fait que l'État requis ne doit se prononcer définitivement à leur sujet qu'au moment où il clôt la procédure d'entraide et non pas déjà lorsqu'il adopte des mesures provisionnelles » <sup>246</sup>.

La prudence de ces termes conduisait à tempérer la vague d'enthousiasme que l'arrêt a suscitée dans la presse philippine <sup>247</sup>. Si l'arrêt ne donnait pas au gouvernement philippin une victoire « sur toute la ligne », ce n'était pas seulement, du reste, parce que le Tribunal s'était réservé de porter, lors de la clôture de la procédure d'entraide, un jugement approfondi sur le respect par les autorités philippines des garanties du « procès équitable ». C'est aussi — et surtout — parce qu'il souligna, à l'invitation des « recourants », le caractère « quelque peu ambigu » <sup>248</sup> des objectifs de la demande d'entraide au regard de l'exigence qu'une procédure pénale ou une procédure « liée à une cause pénale » soit ouverte par l'État requérant. Certes, souligna le Tribunal en rappelant les termes de sa jurisprudence relative aux investigations conduites par la *Securities and Exchange Commission* américaine <sup>249</sup>, confirmés depuis lors par un arrêt

---

<sup>245</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 624, consid. 7.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 623, consid. 6b.

<sup>247</sup> « The highest Court of Switzerland, in an unprecedented move last Wednesday, lifted the country's strict banking secrecy law to greatly bolster the Philippine government's bid to recover as much as \$ 5 billion in illegally acquired wealth that the Marcoses stashed away in some 15 Swiss banks » (*Malaya*, 3 juill. 1987).

<sup>248</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 620, consid. 5a.

<sup>249</sup> 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., 26 janv. 1983, X. c. *Office fédéral de la police*, A.T.F. 109 Ib 47, égal. rapp. au J.d.T., 1984, IV, p. 31, consid. 3a, ici A.T.F. 109 Ib, pp. 50-51, qui cite en outre un arrêt inédit de la même juridiction, rendu le 12 mai 1982, en cause J.S. c. *Office fédéral de la police* (*ibid.*, p. 50). Bien que jugeant

relatif aux pouvoirs d'enquête de la Commission des Opérations de Bourse française <sup>250</sup>, « [p]our que la Suisse collabore, au sens de l'art[icle] 1<sup>er</sup> [E.I.M.P.], il n'est pas nécessaire que les autorités de l'État requérant aient déjà ouvert une procédure judiciaire proprement dite contre les personnes poursuivies. Il suffit qu'y soit ouverte, conformément à la loi de cet État, une enquête préparatoire qui serait le préalable obligé à la saisine des autorités judiciaires compétentes pour procéder à une mise en accusation des intéressés » <sup>251</sup>. Mais en aucun cas « [l]a législation fédérale sur l'entraide pénale internationale ne saurait (...) servir de base à la coopération de la Suisse à des procédures strictement administratives ou à des procédures civiles conduites à l'étranger » <sup>252</sup>.

Or c'est là je l'ai dit, bien plus que dans l'immunité dont M. et M<sup>me</sup> Marcos se prétendaient investis ou dans le respect par les autorités philippines des « droits généraux de la défense » <sup>253</sup>, que le bât blessait. La Commission présidentielle philippine pour un gouvernement honnête n'était, à l'époque de l'introduction de la demande d'entraide, qu'un « organe administratif chargé d'assister la Présidente de la République dans sa tentative de récupérer la fortune que l'ancien Président, ses proches et ses familiers auraient accumulée par corruption ou concussion », auquel aucun pouvoir d'enquête préliminaire destiné à la poursuite de ces personnes devant le *Sandiganbayan* ou une autre juridiction criminelle n'avait (encore) été reconnu <sup>254</sup>. Ce

---

admissible *en soi* la demande d'entraide introduite par la *Securities and Exchange Commission*, le tribunal décida en cette espèce que l'infraction poursuivie — celle d'« insider trading » — ne satisfaisait pas à la condition de double incrimination inscrite à l'article 4, al. 2, du Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale conclu le 25 mai 1973 entre les États-Unis et la Suisse. Les difficultés suscitées par ce prononcé, qui mettait *de facto* à néant la signature, le 31 août 1982, entre les autorités suisses et américaines, d'un « Memorandum of Understanding to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement Cooperation in the field of Insider Trading » (22 I.L.M. 1 (1983) et 14 Sec. Reg. & L. Rep. (B.N.A.) 1737 (Oct. 8, 1982), égal. rapp. dans 79 A.J.I.L. 722 (1985)), ne furent résolues qu'au lendemain de l'introduction, dans le Code pénal suisse, de l'article 161 incriminant le délit d'initié. Voy. not. J. E. ASCH, « Bank Secrecy : A Barrier To The Prosecution of Insider Trading », 4 *Em. Int'l L. Rev.* 185 (1990).

<sup>250</sup> 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., 3 déc. 1992, *Office fédéral de la police c. Chambre d'accusation du canton de Genève et L.*, A.T.F. 118 Ib 457, p. 460, consid. 4b. L'article 76, litt. c, E.I.M.P. suspendant l'octroi des mesures d'entraide tendant à une fouille, une perquisition ou une saisie, à la production d'une attestation établissant leur licéité dans l'État requérant, le Tribunal fédéral précisa que l'autorité requérante devait se munir de l'autorisation judiciaire à laquelle était suspendu en droit français l'exercice de ses pouvoirs d'enquête (*ibid.*, pp. 460-461, consid. 5).

<sup>251</sup> *Sem. jud.*, 1987, p. 619, consid. 5a.

<sup>252</sup> *Ibid.*, pp. 619-620.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 623, consid. 6b.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 620, consid. 5a.

n'est aussi bien que parce que, dans ses « notes verbales » des 29 avril et 10 septembre 1986, le gouvernement philippin avait fait connaître « sans équivoque » son intention de poursuivre pénalement l'ancien chef de l'État et ceux qu'il considérait comme ses complices devant le *Sandiganbayan* — « actes officiels » dont les propos qu'avaient tenus lors d'une conférence de presse et lors d'un débat télévisé le président de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête et le ministre de la Justice philippin n'étaient « pas propres à contrebalancer le poids » —, que le Tribunal jugea la demande d'entraide recevable <sup>255</sup>.

#### B. — L'ARRÊT DU 2 NOVEMBRE 1989

L'invitation adressée à mots à peine couverts par le Tribunal aux autorités philippines d'introduire contre M. Marcos, les membres de sa famille et ses proches une procédure pénale *en bonne et due forme* ne fut dans un premier temps guère suivie d'effets : quelles que soient les intentions annoncées <sup>256</sup>, aucune procédure pénale ne fut introduite aux Philippines contre M. et M<sup>me</sup> Marcos — ni du reste contre aucun de leurs associés ou membres de leur famille. Or, sur le plan de la demande d'entraide présentée par les autorités philippines, rien n'était fait : seules des décisions d'« entrée en matière » avaient été prises par les autorités judiciaires suisses. Il convenait encore — à l'occasion d'une décision de « clôture » — que les documents et renseignements collectés par celles-ci fussent transmis aux autorités philippines et, plus encore, que les avoirs gelés en banque leur fussent restitués.

Est-ce, comme l'affirmèrent les enquêteurs de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête <sup>257</sup>, pour venir de ce point de vue en aide aux autorités philippines que les autorités américaines avaient, dès le mois de juin 1986, ouvert sur

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 621.

<sup>256</sup> Dans une conférence de presse donnée à Manille le 2 juillet 1987, « (...) Good Government Secretary Ramon A. Diaz (...) said the government would file criminal charges against former President Marcos, members of his family and his business cronies to strengthen the government's case before the Federal Court of Switzerland » (*Malaya*, 3 juill. 1987).

<sup>257</sup> « The indictment dilemma. Prospect of prosecuting Marcos creates problems for Washington »,

leur territoire une instruction pénale contre M. et M<sup>me</sup> Marcos, accusés d'avoir « fraudulently diverted enormous sums of money that belonged to the Philippine government and the government of the United States, which money was intended for the benefit of the Philippine people », au moyen notamment de l'« embezzlement of funds in both countries, a portion of which were then used to purchase personal and real property in the United States, and the remainder of which were transferred to secret Swiss bank accounts for the Marcoses' benefit »<sup>258</sup> ? L'on ne saurait le dire. L'action introduite aux États-Unis — sur le détail de laquelle je m'arrêterai plus loin — tendait certes, outre l'imposition d'une amende doublée d'une peine de prison, à la confiscation des produits de la « racketeering activity » de M. et M<sup>me</sup> Marcos et de leurs complices. Mais cette confiscation devait profiter au gouvernement américain, et non au gouvernement philippin<sup>259</sup> — de sorte qu'il ne pouvait être dans ce cadre question, du moins pas directement, de restitution des avoirs détournés au gouvernement philippin<sup>260</sup>...

La procédure ouverte aux États-Unis conduisit quoiqu'il en soit le Département de la Justice, conformément au traité sur l'entraide judiciaire conclu le 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique (« TEJUS »)<sup>261</sup>, à adresser aux autorités helvétiques une demande d'entraide judiciaire qui leur parvint au moment même où s'enlisait la procédure diligentée à la requête des autorités philippines.

---

*Far Eastern Economic Review*, 18 août 1988, p. 19.

<sup>258</sup> In re *Doe*, 860 F.2d 40 (2d Circ. 1988), égal. annoté dans 83 A.J.L.L. 371 (1989), ici, 860 F.2d, p. 42.

<sup>259</sup> Voy. les points 1 à 3 du 18 U.S.C., § 1963 (a), aux termes duquel une personne condamnée pour infraction au *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* — sur la base duquel M. et M<sup>me</sup> Marcos étaient poursuivis — « shall forfeit to the United States : (1) any interest the person has acquired or maintained in violation of Section 1962; (2) any (A) interest in; (B) security of; (C) claim against, or (D) property or contractual right of any kind affording a source of influence over; any enterprise which the person has established, operated, controlled, conducted, or participated in the conduct of in violation of Section 1962; and (3) any property constituting, or derived from, any proceeds which the person obtained, directly or indirectly, from racketeering activity or unlawful debt collection in violation of Section 1962 ». Sur la peine de confiscation demandée par le gouvernement américain contre M. et M<sup>me</sup> Marcos, voy. *United States of America v. Imelda R. Marcos*, Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. March 5, 1990), pp. 10 à 17.

<sup>260</sup> Voy. plus généralement, sur les implications politiques de la procédure pénale engagée aux États-Unis et sur les attentes des différentes parties intéressées, « A parting favour. Reagan advised to drop Marcos probes », *Far Eastern Economic Review*, 21 juill. 1988, p. 22, et « The indictment dilemma. Prospect of prosecuting Marcos creates problems for Washington », *ibid.*, 18 août 1988, p. 19.

<sup>261</sup> TREATY ON MUTUAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS, UNITED STATES-SWITZERLAND, 27 U.S.T. 2019, T.I.A.S. 8302, égal. reproduit dans 12 I.L.M. 916 (1973). Ce traité est entré en vigueur le 23 janvier 1977.

Cette demande tendait à obtenir la communication de « documents détenus par des établissements bancaires, fiduciaires et de courtage ayant leur siège à Genève, pour (...) permettre [à l'État requérant] de clarifier les opérations sur lesquelles enquêtait le Ministère public américain » <sup>262</sup>. L'Office fédéral de la police ayant décidé d'« entrer en matière » » sur la demande d'entraide, M. et M<sup>me</sup> Marcos firent opposition, arguant notamment « que les autorités américaines ne seraient pas compétentes pour poursuivre les faits [qu'elle décrivait] » <sup>263</sup>. Le moyen semble avoir porté partiellement, le Tribunal fédéral n'ayant en définitive « [admis] la demande d'entraide » que « dans la mesure où elle se rapportait à la répression des infractions consistant dans le remboursement [illicite] de(...) bons du trésor philippin et dans l'appropriation de tableaux appartenant à la République des Philippines *et se trouvant sur le territoire des États-Unis* » <sup>264</sup>.

L'arrêt n'est pour le reste publié que par extraits. Le Tribunal y jugea que M. et M<sup>me</sup> Marcos n'étaient en droit d'opposer aux autorités de l'État requérant aucune immunité de juridiction pénale, dès l'instant que le Département des Affaires étrangères de la République des Philippines avait, dans une « note verbale » adressée le 17 octobre 1988 à l'Ambassade des États-Unis à Manille, « levé » les immunités dont M. et M<sup>me</sup> Marcos pouvaient se prévaloir <sup>265</sup>. L'analogie établie dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1987 avec la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques réapparaît ici, s'agissant cette fois de l'article 32 de cette convention, selon lequel « l'État accréditant peut renoncer à l'immunité de juridiction de ses agents, mais il doit toujours le faire expressément, des actes concluants étant insuffisants » <sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> A.T.F. 115 Ib, p. 497.

<sup>263</sup> *Ibid.*, pp. 497-498.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 498, je souligne.

<sup>265</sup> A.T.F. 115 Ib, pp. 501 à 503, consid. 5d. Le texte de la « note verbale » est reproduit à la page 502.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 501, consid. 5c.

## C. — L'ARRÊT DU 21 DÉCEMBRE 1990

Le « secours » que la procédure pénale ouverte à New-York pouvait apporter aux autorités philippines ne fut en toute hypothèse que de brève durée. Le procès se solda en effet, au mois de juillet 1990, par l'acquittement de M<sup>me</sup> Marcos — j'y reviendrai. Les autorités philippines n'avaient cependant pas attendu cette navrante issue pour solliciter de l'Office fédéral de la police la « réactivation » de la procédure qu'elles avaient initiée au printemps 1986.

Sur ce plan, le retard mis par les Philippines à introduire contre les membres du « clan Marcos » et leurs comparses une « véritable procédure pénale » <sup>267</sup> et le décès de l'ancien président, survenu je l'ai dit le 28 septembre 1989, devaient offrir aux « défendeurs » des moyens de taille pour contester les décisions de « clôture » par laquelle le juge d'instruction de l'arrondissement de la Sarine avait autorisé la transmission aux autorités philippines des pièces bancaires récoltées, et la mise à la disposition du *Sandiganbayan* des fonds bloqués en banque, « afin que cette Cour statue ultérieurement sur leur affectation définitive » <sup>268</sup>.

C'est de ce recours, formé par les héritiers de M. Marcos, M<sup>me</sup> Marcos et une société panaméenne « A. » au nom de laquelle était ouvert à Fribourg un compte qui avait fait l'objet des mesures d'entraide, que le Tribunal fédéral eut à connaître en un arrêt du 21 décembre 1990 <sup>269</sup>, rendu après que le président de la 1<sup>ère</sup> Cour de droit public eut reconnu à l'État philippin, pour répondre aux recours formés par M. et M<sup>me</sup> Marcos et leurs associés, le droit d'intervenir dans la procédure en tant que partie lésée par les infractions dont la poursuite justifiait la demande d'entraide <sup>270</sup>.

<sup>267</sup> A.T.F. 116 Ib, p. 455.

<sup>268</sup> La décision du juge d'instruction de l'arrondissement de la Sarine, datée du 8 juin 1988, fut confirmée par deux arrêts distincts de la Chambre d'accusation du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg des 26 avril et 30 juin 1989 (*ibid.*, p. 454). Le *Bezirksanwaltschaft* du canton de Zurich prit plusieurs décisions identiques les 26 septembre et 6 décembre 1989, et les 1<sup>er</sup> et 2 janvier 1990 (arrêt 1A.87/1997, p. 3).

<sup>269</sup> L'arrêt est cité à la note 225 ci-dessus. Le Tribunal fédéral rendit le même jour un arrêt identique, en cause du *Bezirksanwaltschaft* de Zurich (arrêt 1A.87/1997, p. 3). La société panaméenne en cause était identifiée par le *Far Eastern Economic Review* comme étant Aguamina Corp. (« Bank documents trace Marcos' millions. Road to recovery », 17 oct. 1991, p. 22).

<sup>270</sup> Trib. féd., Präsident der I. öff. Abt., 29 juin 1990, *Erben des Ferdinand Edralin Marcos, Imelda*

Le décès de M. Marcos ne semble pas avoir retenu longtemps l'attention du Tribunal, qui se rangea sans hésitation à l'opinion exprimée dans un mémoire déposé à l'appui de la demande par le *Sollicitor general* des Philippines, et selon laquelle « le décès de l'accusé principal » ne constituait pas, en droit philippin, un obstacle à la mise en œuvre d'une procédure de confiscation. « Quel que soit le mérite de l'opinion contraire soutenue par les recourants sur la base d'avis de droit qu'ils ont requis, le point de vue exposé par l'État requérant n'apparaît », souligna le Tribunal, « pas d'emblée inexact et n'est pour le moins pas contraire à l'ordre public suisse ». Ce point de vue, ajouta-t-il de façon étonnamment elliptique, mais non sans une certaine logique au vu de l'esprit de l'entraide, « doit l'emporter sur celui des recourants » <sup>271</sup>.

Le second argument, lié à l'absence de procédure ouverte aux Philippines « contre les ayants cause de feu Ferdinand Marcos ou ses comparses devant une autorité judiciaire pénale de l'État requérant » <sup>272</sup> conduisit le Tribunal à faire montre de plus d'intransigeance à l'égard de l'État requérant. Le Tribunal ne put sur ce plan que déplorer que la situation qui lui avait été exposée en 1987 « n'[eût] pas évolué de manière fondamentale » <sup>273</sup>. Certes, souligna-t-il, « [i]l n'en résult[ait] pas que la demande d'entraide d[ût] être rejetée ». Mais la « volonté clairement exprimée de l'autorité requérante d'introduire devant le tribunal légalement compétent, à l'encontre des proches de feu Ferdinand Marcos et autres individus impliqués, une procédure pénale susceptible d'aboutir à leur condamnation éventuelle » <sup>274</sup> ne fut jugée suffisante que pour permettre la transmission aux autorités philippines des documents et renseignements recueillis auprès des banques. Encore cette transmission ne pouvait-elle avoir lieu qu'à la double condition que les autorités philippines « [renouvelassent] expressément [leurs] engagements de respecter sans équivoque les droits minimaux que la Constitution suisse et la Convention européenne des droits de l'homme (...) »

---

Romualdez-Marcos g. *Bezirksanwaltschaft Zürich, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich et Erben des Ferdinand Edralin Marcos g. Juge d'instruction de la Sarine, Chambre d'accusation du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg*, n° 1A. 77, 79, 81, 83/1990 et 98/1989, inédit. Voy. à ce sujet M. HARARI, « Dix ans de pratique de l'EIMP : un état des lieux », in L. THÉVENOZ (éd.), *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne, Staempfli + Cie, 1994, pp. 111 à 113.

<sup>271</sup> A.T.F. 116 Ib, pp. 461-462, consid. 5c.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 456, consid. 3a.

<sup>273</sup> *Id.*



assurent aux prévenus (...) et la règle de la spécialité consacrée à l'art[icle] 67 EIMP ». « L'Office fédéral de la police », poursuivait le Tribunal, « lui rappellera la portée précise de chacune de ces exigences »<sup>275</sup>. La sévérité de ces termes est frappante : elle fait écho au reproche fait par le Tribunal aux juges du fond et, « dans une moindre mesure », à l'administration fédérale d'« avoir méconnu en l'espèce le rôle étroit assigné au juge de l'entraide » : ils « paraiss[ai]ent avoir porté d'emblée un jugement affirmatif sur la culpabilité de feu Ferdinand Marcos, de ses proches et familiers », oubliant que ceux-ci « bénéfici[ai]ent sans réserve (...) de la présomption d'innocence énoncée (...) à l'art[icle] 6 par[agraphe] 2 [C.E.D.H.] »<sup>276</sup>.

Cette présomption sans doute explique la solution toute différente adoptée à propos de la restitution des fonds bloqués en banques — une restitution qui s'avérerait d'emblée problématique, la remise des « objets et valeurs » qui proviennent de l'infraction comptant, en raison d'une rédaction relativement obscure du texte légal originel<sup>277</sup> parmi les aspects « les plus controversés et délicats » de l'E.I.M.P.<sup>278</sup>.

L'ancien article 74, E.I.M.P. envisageait tout à la fois, sous le titre « remise d'objets » (*Herausgabe von Gegenständen*), la transmission à l'État requérant des objets pouvant servir de moyens de preuve (*Beweismittel*), et celle des « objets et valeurs » qui proviennent de l'infraction (*Deliktsgut*) : aux termes de l'alinéa 2 de cette disposition, « [l]es autres objets et valeurs qui proviennent d'une infraction peuvent être restitués aux ayants droit, même en dehors de toute procédure pénale engagée dans l'État requérant » (*auch ausserhalb eines Strafverfahrens im ersuchenden Staat*). Cet alinéa complétait d'une façon relativement surprenante, car dispensant du cadre d'une procédure pénale, l'article 63, al. 1<sup>er</sup>, anc., aux termes duquel « [l]'entraide au sens de la troisième partie comprend la communication de renseignements, ainsi que les actes de procédure et les autres actes officiels admis en droit suisse, lorsqu'ils paraissent

<sup>274</sup> *Id.*

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 457, consid. 3c.

<sup>277</sup> I. öff. Abt., 2 nov. 1989, *Travellers Foundation, Big Venture Foundation und Felina Foundation gegen Petróleos Mexicanos und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, A.T.F. 115 Ib 517, p. 531, consid. 7 : « [d]ie Bestimmung (l'ancien art. 74 EIMP) ist (...) nicht leicht verständlich ». C'est aussi ce que constate le *Message* du Conseil fédéral du 29 mai 1995 concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, F.F., 1995, III, pp. 13-14 et 26.

nécessaires (...) pour récupérer le produit de l'infraction ». Cette disposition, avait précisé le Tribunal fédéral en un arrêt, rendu le 2 novembre 1989 dans l'affaire *Pémex* <sup>279</sup>, avait une double portée. En un premier sens, littéral, elle autorisait à titre d'exception (*Sonderregelung*) la restitution du produit de l'infraction en l'absence même de procédure pénale dans l'État requérant. En pareille hypothèse, la remise du produit de l'infraction ne pouvait avoir lieu qu'en vue de sa restitution aux ayants droit (*zur Rückerstattung an den Berechtigten*) <sup>280</sup>. En un second sens, implicite, déduit d'un argument *a fortiori*, elle permettait la restitution du produit de l'infraction à l'État requérant qui, comme le prescrivaient les articles 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, litt. b et 63, al. 1<sup>er</sup>, avait introduit contre la personne poursuivie une procédure pénale. En cette hypothèse, la restitution n'était, pas plus que celle qui pouvait avoir lieu dans le cadre d'une procédure d'extradition, subordonnée à aucune condition d'affectation : elle pouvait indifféremment avoir lieu, selon le droit matériel de l'État requérant, aux fins de restitution aux ayants droit (*Rückgabe an den Berechtigten*), de confiscation (*Einziehung*), de réparation du préjudice subi ou de remboursement des frais de justice (*allfälligen Schadens- oder Kostendeckung*), ou bien encore de déchéance (*Verfallerklärung*) <sup>281</sup>.

L'ouverture manifestée par le Tribunal fédéral, sur la base des anciennes dispositions de l'E.I.M.P., à l'égard de la restitution à l'État requérant des « objets » et « valeurs » formant le « produit de l'infraction » pouvait donner à penser que les États qui cherchent à récupérer en Suisse des fonds dont se seraient illicitement enrichis

<sup>278</sup> M. HARARI, « Dix ans de pratique... », *op. cit.* in *Journée 1994...*, p. 81, note 2.

<sup>279</sup> L'arrêt est cité à la note 277 ci-dessus. Les États Unis du Mexique avaient en cette espèce adressé à l'Office fédéral de la police une demande de restitution des sommes déposées au nom de trois fondations liechtensteinoises auprès de la Banque populaire de Zürich — sommes présumées représenter le montant des pots de vin que deux anciens administrateurs de la *Pemex*, C. et L., avaient perçu à l'occasion de l'octroi à une entreprise américaine d'un marché public de construction d'un gazoduc. Le *Bezirksanwaltschaft* de Zürich ayant, à l'invitation de l'Office fédéral de la police, accédé à cette demande, sa décision fut partiellement réformée par le *Staatsanwaltschaft*. Celui-ci n'admit la restitution des avoirs au tribunal mexicain pénalement compétent, pour qu'il statue sur la propriété de ces fonds, qu'à la condition que celui-ci s'engage à les restituer lui-même aux autorités cantonales de Zürich s'il était dans l'incapacité de rendre un jugement à leur sujet. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral jugea en cette espèce « disproportionnée » (*unverhältnismässig*) la restitution immédiate du produit de l'infraction et décida qu'il y avait lieu de différer la restitution des sommes jusqu'au prononcé d'une décision mexicaine sur le fond du litige (*ibid.*, p. 557, consid. 14). Celle-ci ne vint jamais, pour le motif — apparemment — que dans le système juridique anglo-américain, les tribunaux s'interdisent de prononcer la confiscation de biens situés à l'étranger, en sorte que les avoirs saisis furent en définitive restitués aux inculpés (arrêt 1A.87/1997, p. 17, consid. 4d — sur l'évolution récente, à ce sujet, des droits anglais et américain, cf. STESENS, n° 1198, pp. 521-522).

<sup>280</sup> A.T.F. 115 Ib, pp. 532-533, consid. 7c.

d'anciens dirigeants, ministres ou fonctionnaires pouvaient avoir bon espoir d'en retrouver rapidement la disposition. La suite de l'arrêt *Pémex* conduisait à tempérer cette manière d'optimisme. Partant du constat qu'au contraire des moyens de preuve, les « objets et valeurs qui proviennent d[e l']infraction » n'étaient pas destinés à être restitués par l'État requérant après la clôture de la procédure pénale<sup>282</sup>, le Tribunal avait entouré la restitution de ceux-ci de conditions plus rigoureuses que celles auxquelles était subordonnée la communication de ceux-là. L'« intérêt » (*von Bedeutung sein können*) pour la décision à prendre qui suffisait, aux termes de l'article 74, al. 1<sup>er</sup>, à justifier la communication des moyens de preuve faisait, lorsqu'il s'agissait de restituer des « objets » ou « valeurs » à titre de « produits de l'infraction », place à l'exigence que l'origine délictueuse en soit « hautement vraisemblable » (*höchst wahrscheinlich*)<sup>283</sup>. Surtout, tirant argument de l'emploi par le texte de l'article 74, al. 2, ancien, E.I.M.P. du terme « peuvent » (*können*), le Tribunal avait précisé que cette disposition n'était pour les autorités suisses qu'une disposition potestative, une « Kann-Vorschrift »<sup>284</sup> qui leur offrait une faculté mais ne leur imposait aucune obligation. La seule portée obligatoire des articles 63, al. 1<sup>er</sup>, et 74, al. 2, E.I.M.P. était ainsi réduite à la description des conditions auxquelles la restitution, si les autorités requises la jugeaient opportunes, était subordonnée. Les autorités suisses n'étaient pour le reste aucunement obligées de remettre à l'État étranger le produit de l'infraction — pas même dans l'hypothèse, la plus « favorable » à l'octroi de l'entraide, où il aurait ouvert une procédure pénale et s'apprêterait à restituer le produit de l'infraction à ses légitimes propriétaires<sup>285</sup>. Elles étaient libres de décider, dans chaque cas particulier et au vu de l'ensemble des circonstances, si et quand la « remise » devait avoir lieu — le Tribunal s'étant à cet égard borné à préciser que le vol d'un tableau dans un musée étranger se laisserait plus facilement analyser que des infractions de nature économique, recourant à de multiples transactions et dont l'écheveau ne pourrait être aisément démêlé<sup>286</sup>.

---

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 529, consid. 6c, et pp. 533-534, 7c.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 534, consid. 7d.

<sup>283</sup> *Id.*, p. 535.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 540, consid. 7h.

<sup>285</sup> *Id.*, pp. 540-541.

<sup>286</sup> *Id.*, p. 540.

L'arrêt *Pémex* sonnait par ces attendus, pour paraphraser un auteur belge, le « requiem » des articles 63, al. 1<sup>er</sup>, et 74, al. 2, E.I.M.P. Seuls en effet, ainsi qu'il le précisa dans l'affaire *Marcos*, « des cas où la situation est dépourvue de toute ambiguïté, tels les cas de flagrant délit »<sup>287</sup> pouvaient donner lieu à la restitution immédiate du produit de l'infraction. Ailleurs, c'est-à-dire dans la majorité des cas, les autorités suisses refuseraient d'accéder à la demande de restitution formée par l'État requérant aussi longtemps qu'une décision définitive de confiscation (*Einziehung*) n'aurait pas été rendue à l'étranger — décision qui, précisa encore l'arrêt *Pémex*, ayant valeur de sanction pénale au sens de l'article 94, E.I.M.P.<sup>288</sup>, devrait être au préalable revêtue de l'*exequatur* en Suisse aux conditions prévues pour l'« acceptation »<sup>289</sup> par la Suisse des décisions répressives étrangères présentant un caractère définitif et exécutoire — et ce, à quelques aménagements près<sup>290</sup>.

Les dés étaient jetés : il suffisait au Tribunal, dans l'affaire *Marcos*, d'en tirer les leçons. Ce n'était pas difficile, dès l'instant qu'en cette espèce, « aucune procédure pénale proprement dite n'[était] (...) pendante dans l'État requérant ». « Eu égard à la

<sup>287</sup> A.T.F. 116 Ib, p. 460, consid. 5b.

<sup>288</sup> A.T.F. 115 Ib, pp. 543 à 546, consid. 8b, aa à dd.

<sup>289</sup> Tel est le terme employé par le titre de la section 1 du premier chapitre de la cinquième partie de l'E.I.M.P.

<sup>290</sup> A.T.F. 115 Ib, pp. 541 et s., consid. 8. L'exécution, qui aura lieu par la remise des objets ou valeurs concernés, déduction faite des frais, à l'État requérant (*ibid.*, p. 547, consid. 8d, comp. l'article 107, alinéa 3, aux termes duquel « [s]i l'exécution ne concerne que les frais, les montants recouvrés, déduction faite des débours, sont remis à l'État requérant sous réserve de réciprocité »), est subordonnée à toutes les conditions auxquelles est en règle suspendue l'exécution des décisions répressives étrangères en Suisse. De ces conditions il y a toutefois lieu de retrancher celle, qui n'a de sens que pour l'exécution des mesures privatives de liberté (*Freiheitsstrafe*), selon laquelle le condamné doit résider habituellement en Suisse ou être tenu d'y répondre d'une infraction grave : pour qu'une décision de confiscation puisse faire l'objet d'une exécution en Suisse, il suffit à cet égard que les objets ou valeurs confisqués — mais non n'importe quel élément du patrimoine du condamné — se trouvent en Suisse (*ibid.*, p. 546, consid. 8c; comp. les termes de l'article 94, alinéa 4, aux termes duquel « [l]es amendes, ainsi que les frais de procédure prévues par l'article 63 peuvent aussi être recouvrés si le condamné réside habituellement à l'étranger, mais possède des biens en Suisse, et si l'État requérant accorde la réciprocité »). De plus, la décision des autorités suisses de surseoir à l'examen d'une demande de restitution formulée sur la base des articles 63, al. 1<sup>er</sup>, et 74, al. 2, E.I.M.P. ne peut, sur le plan de l'action pénale, porter atteinte aux attentes légitimes de l'État requérant : si, saisies par un État étranger d'une demande de restitution, les autorités suisses en ont reporté l'examen au stade de l'exécution de la décision répressive, elles ne pourront s'opposer à l'*exequatur* de la décision de confiscation pour le motif que la prescription de l'action pénale — à l'acquisition de laquelle l'article 95, al. 1<sup>er</sup>, litt. a, E.I.M.P. attache le refus d'*exequatur* de la décision répressive étrangère — aurait été acquise entretemps (*ibid.*, pp. 548-549, consid. 9a). Il y aurait enfin « contradiction » (*Widersprüchlichkeit*) à subordonner l'exécution d'une décision de confiscation à la condition, inscrite à l'article 110, al. 2, E.I.M.P., qu'elle concerne une infraction commise postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, alors que pareille condition ne suspend pas les restitutions « immédiates » qu'autorisent les articles 63, al. 1<sup>er</sup>, et 74, al. 2 (*ibid.*, pp. 549-550, consid. 9b).

nature et à la complexité des faits qui [étaient] à la base de la demande d'entraide, l'art[icle] 74 al[inéa] 2 EIMP n'[était] de toute évidence, pas applicable » <sup>291</sup>. Les valeurs bloquées à Fribourg ne pourraient en conséquence pas être remises à l'État philippin « (...) avant décision exécutoire du *Sandiganbayan* ou d'un autre tribunal philippin légalement compétent en matière pénale pour se prononcer sur leur restitution aux ayants droit ou leur confiscation » <sup>292</sup> — décision, précisa le Tribunal, qui devait être rendue « au terme d'une procédure conforme aux principes énoncés à l'art[icle] 2 E.I.M.P., soit essentiellement au terme d'une procédure dans laquelle les droits élémentaires de la défense, tels qu'ils sont conçus en Suisse, ont été respectés » <sup>293</sup>, et conforme à l'ordre public suisse <sup>294</sup>.

Les autorités suisses devraient en vérifier le respect « [a]vant d'assumer l'exécution d'une éventuelle décision de restitution aux ayants droit ou de confiscation », et leur décision à cet égard « se devra[it] naturellement d'être prise dans le respect du droit des parties d'être entendues ». À ces conditions, ajouta le Tribunal, — seul progrès apparent au regard de l'arrêt *Pémex* —, il « n[e] [serait] pas nécessaire qu'avant le transfert des avoirs litigieux ait lieu une véritable procédure d'*exequatur* au sens des art[icles] 94 [et suivants], [E.I.M.P.] » <sup>295</sup>.

Complétant enfin une manière de « tutelle » dont il paraissait s'investir à l'égard des autorités philippines, le Tribunal précisa que la procédure pénale ouverte à ces fins aux Philippines devrait l'être dans « un délai raisonnable », qu'il fixa à une année — les autorités philippines ayant désormais à leur disposition les documents bancaires dont elles avaient invoqué l'absence pour justifier le retard apporté à l'ouverture d'un procès

---

<sup>291</sup> A.T.F. 116 Ib, pp. 460-461, consid. 5c. Certes, concéda le Tribunal, il est arrivé que, « dans des situations assez proches », que l'autorité administrative fédérale ne manquait pas d'invoquer à l'appui des revendications de l'État philippin, « des remises de fonds ont eu lieu sans formalités rigoureuses ». Mais « cela s'est fait entre des États partageant les conceptions des droits de la défense qui sont en usage dans notre pays (notamment le Luxembourg) » (*id.*, p. 461).

<sup>292</sup> *Id.*, p. 461.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 460, consid. 5b.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 462, consid. 5c.

<sup>295</sup> *Id.*

pénal <sup>296</sup>. À défaut, décida-t-il, « (...) la saisie des avoirs se[rait] levée sur requête des intéressés » <sup>297</sup>.

## D. — L'ENLÈVEMENT DE LA PROCÉDURE D'ENTRAIDE, LES REVENDICATIONS DES VICTIMES DE M. MARCOS ET LA LOI FÉDÉRALE DU 4 OCTOBRE 1996

### I. — L'ENLÈVEMENT DE LA PROCÉDURE D'ENTRAIDE

L'arrêt du 21 décembre 1990, auquel fit suite, le 28 février 1991, une ordonnance identique du juge d'instruction du canton de Genève <sup>298</sup>, représentait au total une victoire en demi-teinte pour les autorités philippines. Les documents bancaires recueillis en Suisse leur furent certes remis, par le canal de leur Ambassadeur à Berne <sup>299</sup>, établissant l'ampleur des avoirs possédés en Suisse par M. Marcos et sa femme <sup>300</sup>. Mais il convenait désormais que pour n'être pas irrémédiablement privées du bénéfice de l'entraide elles s'attelassent avec sérieux à l'introduction d'une procédure pénale contre M<sup>me</sup> Marcos. Pareille procédure fut on l'a vu introduite le 4 novembre 1991, ce qui eut pour effet de prolonger, dans l'attente d'une condamnation « exécutoire », le gel des fonds détenus en Suisse pour le compte des héritiers de M. Marcos et de son épouse <sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> *Id.*, p. 461.

<sup>297</sup> *Ibid.*, disp., p. 463.

<sup>298</sup> A.T.F. 119 Ib, p. 62, consid. 3a, bb.

<sup>299</sup> Arrêt 1A.87/1997, p. 4.

<sup>300</sup> Selon le *Solicitor General* des Philippines, Francisco Chavez, ces documents établissaient que quatre fondations suisses, Vibur, Avertina, Spinus et Palmy, et la société panaméenne dont il a déjà été question, Aguamina Corp., détenaient à titre de prête-noms pour M. et M<sup>me</sup> Marcos cinq comptes ouverts auprès de la Société de Banque Suisse et de la Banque du Crédit Suisse, pour un montant total de 356 millions de dollars à la fin de 1989 (« Bank documents trace Marcos' millions. Road to recovery », *Far Eastern Economic Review*, 17 oct. 1991, p. 22).

<sup>301</sup> Le 23 mai 1991, l'Office fédéral de la police avait désigné le canton de Zürich comme canton directeur au sens de l'article 80 E.I.M.P. — décision que confirma le Tribunal fédéral en son arrêt du 8 mars 1993 cité à la note 234 ci-dessus. C'est en conséquence au *Bezirksanwaltschaft* du canton de Zürich qu'il appartenait de vérifier la réunion des conditions posées par l'arrêt du 21 décembre 1990 à la restitution des avoirs aux autorités philippines (A.T.F. 119 Ib, p. 62, consid. 3a, cc) — ce qu'il fit en une ordonnance du 6

Plusieurs années allaient s'écouler avant que rien de nouveau ne se produisît, les autorités philippines s'avérant incapables de fournir aux autorités suisses la décision de condamnation que celles-ci attendaient. Les « fonds Marcos » auraient ainsi commencé à « dormir » dans les banques de la Confédération si le législateur suisse n'était intervenu pour assouplir, sur le plan de la remise du produit de l'infraction, le texte de l'E.I.M.P. Tel fut l'objet de la loi fédérale du 4 octobre 1996, « *lex Marcos* » promulguée plus de dix ans après le blocage des avoirs de l'ancien président philippin.

## II. — LES REVENDICATIONS DES VICTIMES DE M. MARCOS

Un élément d'importance — étranger, de prime abord, à l'objet de cette étude, et qui se révéla en définitive relativement contingent — était entre-temps venu compliquer le litige. Il tenait aux prétentions que près de dix mille victimes des violations des droits de l'homme commises aux Philippines pendant la dictature de M. Marcos avaient, au lendemain de la décision d'un jury californien leur octroyant, à charge de l'*estate* de l'ancien président, près de deux milliards de dollars de dommages et intérêts<sup>302 — 303</sup>, élevées sur les fonds gelés depuis 1986 dans les banques de la Confédération.

---

février 1992, qui prenait acte de la sextuple mise en accusation de M<sup>me</sup> Marcos devant le *Sandiganbayan* (arrêt 1A.87/1997, p. 5; Trib. féd., I. öf. Abt., 19 déc. 1997, *Bundesamt für Polizeiwesen g. Anderson, Hibey & Blair, et al.*, n° 1A.85/1997, inédit, pp. 3-4; *Bundesamt für Polizeiwesen g. Golden Budha Corporation, et al.*, n° 1A.95/1997, inédit, pp. 3-4; *Bundesamt für Polizeiwesen g. Fondation Maler, Arelma Inc., et al.*, n° 1A.91/1997, inédit, pp. 3-4; *Bundesamt für Polizeiwesen g. Avertina Stiftung, Palmy Stiftung, Vibur Stiftung, et al.*, n° 1A.89/1997, inédit pp. 3-4, et 22 déc. 1997, *Bundesamt für Polizeiwesen g. Nachlass des Ferdinand Marcos, Imelda Marcos-Romuladez, et al.*, n° 1A.93/1997, inédit, pp. 3-4).

<sup>302</sup> La décision du jury, elle-même divisée en trois décisions distinctes, établissant la responsabilité de M. Marcos (24 sept. 1992), fixant à 1,2 milliards de dollars le montant des *exemplary damages* (23 fév. 1994), et à plus de 766 millions de dollars celui des *compensatory damages* (18 janv. 1995), a provisoirement mis terme à près de dix ans de *litigation* (*Los Angeles Daily Journal*, 29 janv. 1996). Celle-ci avait débuté par l'introduction de cinq actions distinctes, dont une *class action* formée au nom d'un groupe de quelque dix mille victimes, devant les Cours de district de Hawaï (*Hilao v. Marcos*, Civ. No. 86-390 [D.Haw. Jul. 18, 1986], *Trajano v. Marcos*, Civ. No. 86-0207 [D.Haw. Jul. 18, 1986], et *Sison v. Marcos*, Civ. No. 86-0225 [D.Haw. Jul. 18, 1986]) et du district septentrional de Californie (*Clemente v. Marcos*, Civ. No. 86-1149 [N.D.Cal. Jan. 22, 1987], et *Ortigas v. Marcos*, Civ. No. 86-0975 [N.D.Cal. Jan. 22, 1987]), sur la base de l'*Alien Tort Statute* — vieille loi fédérale remontant aux temps de l'indépendance et permettant aux juges fédéraux d'octroyer réparation des dommages infligés en violation du droit international à des personnes de nationalité étrangère.

Les décisions des premiers juges, qui s'étaient déclarés incompétents pour connaître des demandes pour le motif qu'elles étaient *legally barred* par la théorie de l'*Act of State* (R. G. HARON, « Alien Tort Claims

Ces « fonds », soutenaient-elles, devaient être affectés à la satisfaction de leur créance — soit que, n'appartenant pas à l'État philippin mais dépendant du patrimoine de M. Marcos, ils devaient répondre des dettes de celui-ci, soit qu'appartenant bel et bien à l'État philippin, ils devaient servir à l'apurement des dettes que M. Marcos avait mises à sa charge dans l'exercice du pouvoir <sup>304</sup>.

La Cour de district de Hawaï fit droit à ces prétentions : elle ordonna aux banques suisses détentrices de fonds déposés au nom de la famille Marcos d'en consigner le montant au greffe de la Cour dans l'attente de l'introduction d'une « interpleader

---

Act — Act of State Doctrine — Act of State Doctrine Requires Dismissal of Human Rights Claims Brought against Former Philippine President Residing in the United States », 23 *Va. Journ. Int'l L.* 433 (1987)), furent réformées en appel et renvoyées aux premiers juges pour être examinées au fond (cinq décisions inédites, mais citées en table dans 878 F.2d 1438 et 1439 (9th Circ. Jul. 10, 1989)). L'ensemble du contentieux fut ensuite joint pour cause de connexité devant la Cour de district de Hawaï, par un *order du judicial panel on multidistrict litigation* du 13 septembre 1989. Revenant sur son jugement de première instance, la Cour soumit la plupart des demandes introduites à l'appréciation du jury — ce qui conduisit aux condamnations prononcées contre l'*estate* de M. Marcos (voy., considérant que la fixation des *compensatory damages* par la voie du *random sampling* ne portait atteinte, ni aux *due process rights*, ni au *Seventh Amendment right to a jury trial* des défendeurs, In re *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation*, 910 F. Supp. 1460 (D.Haw. 1995), et, confirmant le *final judgment* prononcé le 3 février 1995 par la Cour de district de Hawaï, *Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos*, Civ. No. 15779 (9th Circ. Dec. 17, 1996), avec l'opinion en partie dissidente du juge de circuit Rymer, que la méthode statistique retenue pour déterminer le montant des *compensatory damages* alloués aux demandeurs de la *class action* laissa, au regard de l'exigence de *due process*, « with a profound disquiet »).

Le litige n'est à ce jour pas totalement terminé : une partie des demandes introduites, qui avaient été écartées par la Cour de district au stade de la détermination des *compensatory damages*, furent renvoyées à celle-ci pour être soumises au jury (*Hilao and Sison et al. v. Estate of Ferdinand Marcos*, Civ. No. 95-16779 (9th Circ. Dec. 17, 1996)).

Enfin, dans une procédure parallèle à celle introduite contre l'*estate* de M. Marcos, la fille de l'ancien président, Imee Marcos-Manotoc, qui avait occupé les fonctions de chef des services secrets philippins, fut condamnée à verser plus de quatre millions de dollars d'indemnités à la mère d'un étudiant qu'elle avait fait arrêter et torturer à mort après qu'il lui eût publiquement posé, à l'occasion d'une conférence qu'elle donnait, une question jugée trop impertinente (voy., confirmant en degré d'appel la décision rendue par défaut, en 1991, par la Cour de district de Hawaï, In re *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation* (*Agapita Trajano et al. v. Ferdinand E. Marcos and Imee Marcos-Manotoc*), 978 F.2d 493 (9th Circ. 1992), égal. publ. dans 32 *I.L.M.* 106 (1993), 116 *A.L.R. Fed.* 765 et 92 *Los Angeles Daily Journal D.A.R.* 14.333, *cert. den. sub nom. Marcos-Manotoc v. Trajano*, 508 U.S. 972, 113 S.Ct. 2960, et 125 L.Ed.2d 661 (1993)).

<sup>303</sup> Le Tribunal fédéral suisse renseigne la date du 27 janvier 1995, et le montant total de 1.964.005.859 dollars et 90 cents (arrêts 1A.87/1997, p. 34, consid. 7a; 1A.89/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.91/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.93/1997, pp. 16-17, consid. 7a). Le même montant apparaît dans *Crédit suisse & Suisse Bank Co. v. U.S. District Court for Central Dist., et al.*, Civ. No. 96-06419 et 97-70193 (9th Circ. Dec. 3, 1997).

<sup>304</sup> Le gouvernement philippin ne s'attendait sans doute pas à devoir assumer de la sorte la responsabilité des agissements de M. Marcos, qui avait initialement encouragé les victimes de ce dernier à porter leurs revendications devant les tribunaux américains — sans apercevoir qu'elles entraîneraient nécessairement en concours avec les siennes propres. Voy. E. L. LUTZ, « The Marcos Human Rights Litigation : Can Justice Be Achieved in U.S. Courts for Abuses that Occurred Abroad ? », 14 *B. C. Third W. L. Journ.* 43 (1994), spéc. p. 50, note 24.



action »<sup>305</sup>. Cette ordonnance, qui suscita une vive réaction des autorités helvétiques<sup>306</sup>, précipita l'organisation à Hong Kong, au mois de janvier 1996, d'une conférence trilatérale par laquelle les héritiers de M. Marcos, la République des Philippines et les représentants des victimes cherchèrent à s'accorder sur le partage des fonds. La conférence eut lieu du 15 au 19 janvier 1996. En vain<sup>307</sup>.

La Cour du neuvième circuit, quoiqu'il en soit, réforma l'ordonnance pour le double motif, tiré de la violation de l'*Enforcement of Judgments Law* californienne, que la décision à exécuter avait été signifiée aux succursales ou établissements californiens des banques défenderesses et non à ces banques elles-mêmes, et que cette loi ne prévoyait pas, au rang des « means of enforcement of money judgments », le pouvoir pour le juge d'imposer à un tiers détenteur de fonds l'obligation d'en consigner le montant au greffe<sup>308</sup>. Une nouvelle tentative des victimes, tendant à obtenir la consignation des fonds entre les mains de leur avocat<sup>309</sup>, ne fut pas davantage accueillie. La Cour jugea, avec les banques, qu'il y aurait là une grave méconnaissance de l'indépendance et de la souveraineté de l'État suisse – et singulièrement des mesures que celui-ci avaient prises, dans l'exercice de sa souveraineté, à l'endroit des « fonds Marcos »<sup>310</sup>. Mais ces décisions ne changèrent rien à l'affaire : c'était désormais trois parties, et non plus simplement deux, qui devaient s'accorder sur le sort des

<sup>305</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1996, p. 434. L'ordonnance, datée du 11 décembre 1995, est à ma connaissance demeurée inédite, et je ne peux faire mieux que de renvoyer à son sujet à la décision d'appel, *Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos, Swiss Bank Corporation and Crédit suisse*, Civ. No. 95-56823 (9th Circ. Sept. 11, 1996), depuis lors publiée dans 95 F.3d 848 (9th Cir. 1996).

<sup>306</sup> Celles-ci firent remarquer que les banques concernées ne pouvaient, sans violer le droit suisse, se conformer à l'*injunction* (*Los Angeles Times*, 11 fév. 1996). La Cour, soulignèrent-elles, a fait la supposition que les fonds gelés dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale appartenaient à l'ancien président philippin et à son épouse, et qu'ils étaient comme tels susceptibles de répondre de leurs dettes — alors que, si la procédure d'entraide triomphait, c'était à l'État philippin, et non à M. et M<sup>me</sup> Marcos, que ces fonds appartenaient, ce qui excluait qu'ils pussent servir à l'apurement des dettes de l'ancien couple présidentiel (voy. In re *Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation*, *Maximo Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos and Republic of the Philippines*, Civ. No. 94-16739 et 95-15259 (9th Circ. Aug. 22, 1996, note 5)) — à moins, une nouvelle fois, que l'État philippin ne dût être tenu pour responsable des engagements contractés par M. Marcos dans l'exercice du pouvoir — une thèse que le Tribunal fédéral n'allait pas tarder à épouser.

<sup>307</sup> *International Herald Tribune*, 16 et 18 janv.; *Los Angeles Daily Journal*, 29 janv.; *Los Angeles Times*, 11 févr.; *Le Nouveau Quotidien*, 26 mars 1996.

<sup>308</sup> Civ. No. 95-56823 (9th Circ. Sept. 11, 1996).

<sup>309</sup> *Rasales et al. V. Crédit suisse and Swiss Bank Corp.*, Civ. No. 96-6419 (C. D. Cal.).

<sup>310</sup> Civ. No. 96-6419 et 97-70193 (9th Circ. Dec. 3, 1997).

avoirs de l'ancien président : le gouvernement philippin, la famille Marcos, et les victimes des violations des droits de l'homme commises par son défunt patriarche.

Les victimes des violations des droits de l'homme n'étaient du reste pas les seuls « autres créanciers » de la famille Marcos qui prétendaient obtenir sur les fonds gelés en Suisse la satisfaction de leur créance. Parmi eux se trouvaient une *law firm* de Washington dont M<sup>me</sup> Marcos avait loué les services aux États-Unis et dont elle n'avait pas réglé les honoraires, et une société commerciale, américaine elle aussi, dénommée Golden Budha Corp. Les prétentions de celle-ci, portées au fond devant les juridictions fédérales américaines, relèvent de l'anecdote : elle agissait en qualité de cessionnaire des droits qu'un citoyen philippin — sorte, avait dit la Cour du deuxième circuit, d'« Indiana Jones » des temps modernes<sup>311</sup> — entendait tirer de la découverte qu'il avait faite en janvier 1971 d'un trésor de près de 600 milliards de dollars, formé d'une statue chryséléphantine de Bouddha, emplie de lingots d'or et de pierres précieuses, connue sous le nom de « Yamashita Treasure », que les forces d'occupation japonaises avaient abandonnée aux Philippines en 1945, et dont M. Marcos prétendait, pour se défendre d'avoir pillé les caisses de l'État, tirer l'essentiel de son immense fortune<sup>312</sup>. L'inventeur présumé soutenait que M. Marcos, qui l'avait fait arrêter et torturer pour qu'il révèle l'emplacement du trésor, le lui avait volé<sup>313</sup> —<sup>314</sup>. C'est plus de vingt-deux milliards de dollars que la Cour de district de Hawaï devait accorder à la société demanderesse, pour compenser le « vol » dont l'infortuné explorateur avait été victime<sup>315</sup> — décisions contre laquelle un appel est toujours pendant<sup>316</sup>.

<sup>311</sup> *Golden Budha Corp. v. Canadian Land Co. of America*, 931 F.2d 196 (2d Circ. 1991), p. 199.

<sup>312</sup> Cf. *United States of America v. Imelda R. Marcos*, Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. May 1, 1990), p. 11.

<sup>313</sup> M. Marcos semblait coutumier de ce genre de pratique, qui consistait à confisquer les découvertes des « chasseurs » de trésor (*Manila Chronicle*, 29 févr. 1988).

<sup>314</sup> Voy., se déclarant incompétente pour défaut de *personal jurisdiction* pour statuer sur la demande formée à l'encontre d'une banque de Californie accusée d'avoir assisté M. et M<sup>me</sup> Marcos dans la dissimulation du trésor ou de son produit, *The Golden Budha Corporation v. The Canadian Land Company of America*, N.V., Civ. No. 89-4018 (S.D.N.Y. Nov. 15, 1989), et ordonnant, pour des motifs tirés de la prescription de la demande, la levée du *constructive trust* qui avait été imposé sur diverses sociétés à l'intermédiaire desquelles M. et M<sup>me</sup> Marcos possédaient leurs immeubles de Manhattan, *id.*, Civ. No. 89-4018 (S.D.N.Y. Apr. 1990). Cette dernière décision fut réformée en appel (931 F.2d 196 (2d Circ. 1991)).

<sup>315</sup> *International Herald Tribune*, 22 juill. 1996.

<sup>316</sup> 1A.95/1997, p. 15, consid. 6a.

Tous ces créanciers mirent à profit l'article 271, 4°, anc., L.P., déjà rencontré à propos de l'ex-shah d'Iran, qui donnait au créancier la possibilité de pratiquer un séquestre sur les biens de son débiteur « lorsque [celui-ci] n'habit[ait] pas en Suisse » (*Ausländerarrest*) — ce qui était le cas de M<sup>me</sup> Marcos et de ses enfants. La *law firm* fit pratiquer un séquestre les 23 mars et 22 avril 1992, pour un montant de plus de quatre millions deux cent mille francs suisses, avec intérêt de douze pour cent l'an depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1991 <sup>317</sup>. Quant à la *Golden Budha*, elle fit pratiquer un séquestre le 20 janvier 1992, à concurrence de soixante millions de francs suisses, et le 23 février 1996 à concurrence de... six cent quarante-cinq millions de francs suisses <sup>318</sup> ! L'une et l'autre suscitaient de la sorte la question du concours, dans une procédure d'entraide pénale internationale, entre le séquestre civil et la saisie conservatoire pratiquée à la demande de l'État requérant.

### III. — LA LOI FÉDÉRALE DU 4 OCTOBRE 1996

Parallèlement, le législateur suisse s'était ému des difficultés auxquelles « une situation législative insatisfaisante, voire insuffisante et ambiguë » <sup>319</sup> avait porté, empêchant la remise des fonds gelés au gouvernement philippin. Un nouvel article 74a, EIMP, inséré sous l'intitulé « [r]emise en vue de confiscation ou de restitution » par la loi fédérale du 4 octobre 1996 <sup>320</sup>, apporta deux modifications essentielles à la réglementation existante, telle que le Tribunal fédéral l'avait précisée en son arrêt *Pémex* — outre que, comme son intitulé l'indique, il ne prévoyait plus la remise à l'État requérant des « objets » ou « valeurs » qui proviennent de l'infraction qu'en vue de leur

<sup>317</sup> 1A.85/1997, p. 6, consid. 2.

<sup>318</sup> 1A.95/1997, p. 15, consid. 6a.

<sup>319</sup> *Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale*, F.F., 1995, III, p. 26. Le *Message* porte *textu* que « [l]a réglementation proposée s'écarte sur ce point de la pratique du Tribunal fédéral dans les arrêts PEMEX et MARCOS, car ces arrêts se fondent sur une situation législative insatisfaisante, voire insuffisante et ambiguë pour ce qui concerne la remise d'avoirs à l'État requérant, situation qui a contraint le Tribunal fédéral à poser des règles relativement strictes et complexes en la matière » (*id.*). Sur la volonté de « déblocage » des auteurs de la loi, voy. pp. 5 et s., spéc. sur la consultation préalable et les interventions parlementaires, pp. 7 à 10.

<sup>320</sup> R.O., 1997, p. 114. Le texte de l'article 74a, nouv., apparaît à la p. 124.

*confiscation* — l'État requérant pouvant alors en disposer à son gré, selon ce que permet son droit matériel <sup>321</sup> — ou de leur *restitution à l'ayant-droit*.

La première, non écrite, ne devait être mise en évidence qu'à l'occasion de l'affaire Marcos. Le Tribunal fédéral souligna, en plusieurs arrêts rendus au mois de décembre 1997 sur lesquels je reviendrai, que l'article 74a nouveau ne dépendait pas — ou ne dépendait plus — du prononcé par la juridiction étrangère d'une *condamnation* pénale. La condition, figurant dans le texte renouvelé de l'article 63, al. 1<sup>er</sup>, selon laquelle la procédure étrangère devait être « liée à une cause pénale » signifiait seulement que la décision étrangère de « confiscation » devait avoir sa *cause* dans une *infraction* pénale — que les objets ou valeurs qui en faisaient l'objet devaient *provenir* d'une telle infraction. Mais c'était tout. La confiscation pouvait être prononcée, indifféremment, par un juge administratif, civil ou pénal <sup>322</sup>. L'article 74a devenait de la sorte, en quelque manière, une disposition *détachable* du reste de l'E.I.M.P., à l'égard de laquelle l'exigence d'une « procédure liée à une cause pénale » était interprétée avec une particulière souplesse. Le Tribunal fédéral ne s'en cacha pas. En précisant que « [e]s spielt daher keine Rolle, dass die Philippinen das Einziehungsverfahren vor den Sandiganbayan als « civil case » bezeichnen und nach Zivilprozessrecht verhandeln », il manifesta que la modification législative du 4 octobre 1996 avait le caractère d'une loi « sur mesure ».

Ce caractère apparaît mieux encore dans la seconde modification. Certes, le changement n'était à nouveau pas spectaculaire. En apparence même, il n'y avait rien de changé. L'article 74a demeurait une « disposition potestative » (*Kann-Vorschrift* ou

<sup>321</sup> On peut envisager notamment, relève M. HARARI, en « transposant » en matière d'entraide les buts d'une saisie suisse à caractère confiscatoire, la « dévolution » à l'État étranger, « celui-ci devenant propriétaire des objets et valeurs (cela éventuellement dans le cadre de la couverture des frais de justice) »; la destruction des objets dangereux ou illicites (armes, drogue, faux tableaux...); l'allocation aux personnes lésées par l'infraction (« Remise internationale d'objets et valeurs : réflexions à l'occasion de la modification de l'EIMP », in *Procédure pénale, droit pénale international, entraide pénale*, Études en l'honneur de Dominique Poncet, Lausanne, Georg, 1997, pp. 175-176).

<sup>322</sup> « [S]eit der IRSG-Revision [ist es] nicht mehr erforderlich, dass die Einziehung bzw. Rückerstattung durch ein Strafgericht erfolgt. Art. 74a IRSG verlangt lediglich, dass die Einziehung (bzw. Rückerstattung) *deliktisch* erlangte Gegenstände oder Vermögenswerte betrifft (Abs. 2) und *gerichtlich* angeordnet wird (Abs. 3 i.V.m. Art. 14 UNO-Pakt II). Dagegen ist es unerheblich, ob dies im Rahmen des Strafverfahrens gegen den Angeschuldigten oder in einem getrennten Verfahren geschieht und ob dieses Verfahren vor einem Straf-, einem Zivil- oder einem Verwaltungsgericht erfolgt » (arrêts 1A.87/1997, pp. 28-29, consid. 5e; 1A.85/1997, p. 13, consid. 5e; 1A.95/1997, p. 14, consid. 5e; 1A.91/1997, p. 13, consid. 5e; 1A.89/1997, p. 13, consid. 5e; 1A.93/1997, p. 14, consid. 5e; les italiques sont du Tribunal lui-même).

*Kann-Bestimmung*). Il laissait à l'autorité d'exécution une « marge d'appréciation » (*Ermessensspielraum*) devant lui permettre « de refuser la remise dans des cas manifestement abusifs »<sup>323</sup>. Mais en précisant, dans son alinéa 3, que « [l]a remise p[ouvai]t intervenir à tous les stades de la procédure étrangère, en règle générale sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant » (*in der Regel gestützt auf einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid des ersuchenden Staates*)<sup>324</sup>, il assouplissait singulièrement les conditions de la mise en oeuvre par les autorités suisses de la faculté qui leur était offerte. Elles étaient libres désormais de remettre à l'État requérant « les objets ou valeurs saisis à titre conservatoire » sans attendre l'issue de la procédure pénale ouverte dans l'État requérant — avant même toute « décision définitive et exécutoire », requise seulement « en règle générale »<sup>325 — 326</sup>. De plus, le « principe de la confiance entre États » (*völkerrechtlichen Vertrauensprinzip*)<sup>327</sup> avait conduit le législateur — confirmant définitivement la solution retenue par l'arrêt du 21 décembre 1990 — à soustraire la décision étrangère de confiscation à toute procédure d'*exequatur*, mais aussi, et d'une manière générale, toute vérification, par les autorités suisses, du bien-fondé de la décision étrangère<sup>328</sup> — notamment quant au « partage » des objets ou valeurs remis entre l'État et les tiers lésés par l'infraction<sup>329</sup>. Simplement étaient-elles invitées, aux termes d'une « vérification sommaire de la décision étrangère », à s'assurer « que l'État requérant [était] un État fondé sur le droit » et « que les principes fondamentaux [liés à l'ordre public suisse et à la Convention européenne des droits de

<sup>323</sup> F.F., 1995, III, pp. 14-15. « Auch wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, ist die Rechthilfebehörde nicht zur Herausgabe verpflichtet, sonder entscheidet nach pflichtgemässen Ermesse » (arrêt 1A.87/1997, pp. 13-14, consid. 3, et p. 21, 4f).

<sup>324</sup> Je souligne.

<sup>325</sup> Le texte proposé par le Conseil fédéral portait initialement que « [l]a remise (...) peut intervenir à tous les stades de la procédure étrangère ou sur décision définitive et exécutoire de l'État requérant » (F.F., 1995, III, p. 52). Lors du débat parlementaire, le Conseil national avait adopté ce texte sans discussion (B.O., 1995, C.N., p. 2642). Le Conseil des États, par contre, y avait introduit les termes « en règle générale » — mais avait renoncé à subordonner dans tous les cas la remise du produit de l'infraction à l'existence d'un jugement définitif et exécutoire dans l'État requérant (B.O., 1996, C.E., pp. 232-233, et 243). C'est à cette version que le Conseil national s'était rallié (B.O., 1996, C.N., p. 747).

<sup>326</sup> Comp., pour une analyse plus nuancée de la « nouveauté » du texte législatif, M. HARARI, qui rappelle qu'en son arrêt du 21 décembre 1990 déjà, le Tribunal fédéral avait décidé que l'exigence d'une « décision définitive rendue à l'étranger » ne s'imposait qu'« [e]n règle générale » (A.T.F. 116 Ib, p. 460, consid. 5b), et en conclut que « c'est à tort que le Message à l'appui de la révision de l'E.I.M.P. (...) s'écarte de cette jurisprudence » (« Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, p. 197, note 131).

<sup>327</sup> F.F., 1995, III, p. 26; B.Bl., 1995, III, p. 25.

<sup>328</sup> Arrêt 1A.87/1997, p. 15, consid. 4b, et pp. 20-21, 4e.

<sup>329</sup> « Zum anderen liegt dieser Regelung auch der Gedanke zugrunde, dass der Staat, in dem das Strafverfahren durchgeführt wird und in dem sich regelmässig auch die Geschädigten befinden, am besten geeignet ist, über die Verteilung der Vermögenswerte zu entscheiden » (*id.*, p. 15, consid. 4b).

l'homme] [étaient] respectés » (*dass der ausländische Staat ein Rechtsstaat sei und die erwähnten allgemeinen Grundsätze respektiere*)<sup>330</sup>. À cette fin, « [l']autorité d'exécution pourra[it] (...) interpellier au besoin l'État requérant pour obtenir des informations complémentaires (art. 80o EIMP) ou encore subordonner l'octroi de l'entraide à des conditions (art. 80p EIMP) »<sup>331</sup>.

Le Tribunal fédéral ne tarda guère à faire usage de ces nouvelles possibilités. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1997, le premier rendu sur la base des nouvelles dispositions, il autorisa au nom des exigences « d'un ordre public international en vigueur ou en formation » lié aux « impératifs d'une lutte internationale efficace contre le trafic des biens culturels », la remise aux autorités françaises, en vue d'une restitution à son propriétaire, d'un tableau dérobé dans un château français, avant même la clôture de la procédure pénale ouverte en France<sup>332</sup>. C'est dans l'affaire Marcos cependant qu'il allait donner aux nouvelles dispositions leur pleine dimension<sup>333</sup>.

#### E. — LES ARRÊTS DES 10, 19, ET 22 DÉCEMBRE 1997

Dès le 10 août 1995, la République des Philippines avait, par l'intermédiaire de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête, adressé à l'Office fédéral de la police une nouvelle demande d'entraide (*zusätzliche Rechtshilfeersuche* ou *additional request for mutual assistance*), tendant au transfert des fonds sur un compte de garantie (*Sperrkonto* ou *Esrow Account*) ouvert auprès de la Banque Nationale des Philippines à Manille, qui, conformément aux termes d'une convention intervenue

<sup>330</sup> F.F., 1995, III, p. 26; B.Bl., 1995, III, pp. 25-26.

<sup>331</sup> F.F., 1995, III, p. 26.

<sup>332</sup> L. c. *Chambre d'accusation du canton de Genève*, A.T.F. 123 II 134, pp. 143-144, spéc. consid. 7a et c. Comp. l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ. du 5 juin 1997, *Office fédéral de la Police c. Chambre d'accusation du canton de Genève*, X. et E. S.A., qui s'oppose à la remise immédiate aux autorités italiennes de trois chapiteaux et autres objets archéologiques d'Étrurie découverts par la police fédérale dans les locaux loués par une société panaméenne dans le port franc de Genève, pour le double motif qu'une procédure pénale était ouverte à Genève du chef de recel, et que l'autorité requérante n'avait pas établi à suffisance que les objets saisis provenaient des vols commis dans la région de Rome, qui fondaient leur demande d'entraide.

<sup>333</sup> Le législateur suisse avait pris soin de préciser, dans le texte de l'article 110a, nouv., E.I.M.P., que « [l]es dispositions de la modification du 4 octobre 1996 (...) s'appliqu[ai]ent à toutes les procédures en cours lors de son entrée en vigueur ».

entre cette banque et le gouvernement de ce pays, le 14 août suivant, devait resté bloqué jusqu'à la décision définitive du *Sandiganbayan*. Le *Bezirksanwaltschaft* de Zurich — seul en charge, depuis l'arrêt du 8 mars 1993, de la procédure d'entraide <sup>334</sup> — y avait accédé en trois ordonnances, rendues le 21 août 1995, qui avaient invité les banques détentrices des avoirs saisis d'en transférer la valeur sur ce compte — passant de la sorte outre à l'exigence de décision « définitive » et « exécutoire » d'un tribunal philippin que le Tribunal fédéral avait posée dans son arrêt du 21 décembre 1990 <sup>335</sup>. Ces trois ordonnances furent mises à néant par l'*Obergericht* le 20 février 1997, en autant de décisions qui, motivées par l'illicéité qu'aurait, au regard de l'E.I.M.P., constitué une restitution de fonds étrangère à une procédure pénale, révélaient à nouveau le hiatus séparant les revendications de l'État philippin et les contraintes de la loi suisse <sup>336</sup>.

Mais le législateur était intervenu, et l'Office fédéral de la police ne tarda guère à déférer ces décisions au Tribunal fédéral, qui fut ainsi, peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 4 octobre 1996, appelé à en faire application à la question des « fonds Marcos ». Il le fit en plusieurs arrêts rendus au mois de décembre 1997, en cause de M<sup>me</sup> Marcos et de ses enfants <sup>337</sup>, de la *Golden Budha Corp.* <sup>338</sup>, de la *law firm* américaine qui se disait impayée <sup>339</sup>, et, *last but not least*, des six fondations panaméennes et liechtensteinoises — sans doute les plus pugnaces — au nom desquelles étaient déposés en Suisse les avoirs attribués à l'ancien dictateur <sup>340</sup>.

---

<sup>334</sup> *Supra*, note 301.

<sup>335</sup> Les ordonnances, rapportées par le *South China Morning Post* du 3 sept. 1995 et la *Rev.gén. dr.int. publ.*, 1996, p. 434, sont décrites par l'arrêt 1A.87/1997, pp. 5-6.

<sup>336</sup> « (...) bei einer Transferierung der Vermögenswerte im Rahmen der erwähnten Escrow-Vereinbarung vom 14. August 1995 die Gefahr bestünde, dass in unzulässiger Weise Rechtshilfe geleistet würde für ein Verfahren, das nicht der Unterstützung eines Strafverfahrens diene, sondern der Verteilung von Vermögenswerten durch eine blosse Verwaltungsbehörde » (arrêt 1A.87/1997, p. 7, je souligne). Les décisions sont rapportées par le *Journal de Genève*, 30 avr. 1997.

<sup>337</sup> Arrêt 1A.93/1997.

<sup>338</sup> Arrêt 1A.95/1997.

<sup>339</sup> Arrêt 1A.85/1997.

<sup>340</sup> Arrêts 1A.87/1997; 1A.89/1997; 1A.91/1997. Le premier de ces arrêts a, je l'ai dit, été publié dans A.T.F. 123 II 595 – mais il est ici cité dans le texte de la chancellerie.

## I. — LE PRINCIPE D'UNE « REMISE ANTICIPÉE »

Le Tribunal s'attacha d'abord à tempérer l'argument que les fondations prétendaient tirer de l'arrêt du 21 décembre 1990. Loin de rejeter la demande de restitution formée par le gouvernement philippin, cet arrêt, souligna le Tribunal, y avait au contraire accédé *dans son principe*, jugeant que les avoirs gelés constituaient « le produit ou le résultat de l'infraction » susceptible de « remise » à l'État requérant au sens de l'article 74a, al. 2, b, E.I.M.P. : « (...) dass mit den bundesgerichtlichen Urteilen vom 21. Dezember 1990 das Begehren der Philippinen um Rückerstattung der beschlagnahmten Vermögenswerte nicht abgelehnt, sonder grundsätzlich bewilligt wurde; es wurde lediglich der Vollzug des Vermögenstransfers bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils des ersuchenden Staates aufgeschoben »<sup>341</sup>. Seules donc étaient en cause les conditions qui suspendaient cette remise : il fallait, pour que celle-ci fût ordonnée, que ces conditions fussent assouplies. Sur ce point, le Tribunal commença par constater que, la procédure d'entraide étant de nature administrative, l'arrêt qu'il avait rendu le 21 décembre 1990 n'avait pas l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions judiciaires. Il n'était pourvu que d'une autorité limitée — celle qui revient aux décisions administratives, susceptibles d'être modifiées au gré des circonstances<sup>342</sup>. En l'espèce précisément, de nouvelles circonstances permettaient la modification des termes de l'arrêt — circonstances dont la moindre n'était pas, à côté de l'introduction aux Philippines de nombreuses procédures pénales contre M<sup>me</sup> Marcos, l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 4 octobre 1996<sup>343</sup>.

Le Tribunal ne dissimula pas que l'intention du législateur avait été notamment, en organisant à l'article 74a, al. 3, EIMP les possibilités d'une « remise anticipée » (*vorzeitige Herausgabe*) des objets et valeurs saisis, de sortir l'affaire Marcos de son

<sup>341</sup> *Id.*, p. 13, consid. 2, et p. 13, consid. 3. « Sodann bewilligte das Bundesgericht *grundsätzlich* die Herausgabe der beim SBV Freiburg und beim der SKA Zürich beschlagnahmten Vermögenswerte, wobei es allerdings den Vollzug aufschob, bis ein rechtskräftiges Urteil des Sandiganbayan oder eines anderen gesetzlich zuständigen philippinischen Gerichts in Strafsachen über die Rückerstattung dieser Gelder an die Berechtigten oder über deren Einziehung vorliege » (*id.*, p. 4). *Adde* les arrêts 1A.85/1997, pp. 2-3 et pp. 7-8, consid. 3a et b; 1A.89/1997, pp. 2-3 et pp. 7-8, consid. 2 et 3; 1A.91/1997, pp. 2-3 et pp. 7-8, consid. 2 et 3; 1A.95/1997, pp. 2-3 et pp. 8-9; 1A.93/1997, pp. 2-3, consid. 3a et b, et pp. 8-9, consid. 3a et b).

<sup>342</sup> Arrêt 1A.87/1997, pp. 11-12, consid. 2.



enlissement<sup>344</sup>. Encore fallait-il préciser les conditions de pareille « remise » — « conditions », souligna le Tribunal, dépendant sans doute des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce<sup>345</sup>, mais qui dans leur principe se déduisaient de l'esprit même de la législation. Or celle-ci avait en règle subordonné la remise à l'existence d'un jugement définitif et exécutoire sur le territoire de l'État requérant<sup>346</sup>.

De ce principe se déduisaient deux conditions, subordonnant toute remise anticipée : que l'intérêt de l'État requis ne s'y oppose pas et — le Tribunal se référait ici à l'arrêt rendu dans l'affaire du tableau français<sup>347</sup> — que l'origine délictueuse (*deliktische Herkunft*) des avoirs réclamés soit hors de doute (*kein Klärungsbedarf besteht*)<sup>348</sup>. Cette deuxième condition est même première, car une origine délictueuse indubitable diminue (*beschränkt*) l'intérêt de l'État requis, notamment au contrôle du « partage » des avoirs remis — confiscation au profit de l'État ou restitution aux ayants droit<sup>349</sup>.

L'une et l'autre conditions, estima le Tribunal, étaient en l'espèce réunies. D'une part, la Suisse n'avait aucun intérêt à s'opposer à la restitution des fonds, sa vocation naturelle n'étant pas d'être un sanctuaire pour des capitaux d'origine délictueuse, comme ceux — en cause en l'espèce — dont se seraient illicitement enrichis des potentats de régimes dictatoriaux : « es widerspricht dem Landesinteresse, wenn die

<sup>343</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>344</sup> Cf. le compte-rendu du débat parlementaire, *id.*, pp. 16 et s., consid. 4d.

<sup>345</sup> « Für die Frage, wann ein Ausnahmefall nach Art. 74a Abs. 3 IRSG angenommen werden kann, kommt es grundsätzlich auf die konkrete Sachlage an; diese muss Besonderheiten aufweisen, die es rechtfertigen, auf das Erfordernis eines vorgängigen rechtskräftigen Urteils zu verzichten » (arrêts 1A.87/1997, p. 21, consid. 4; 1A.85/1997, p. 10, consid. 4c; 1A.89/1997, pp. 9-10, consid. 4c; 1A.91/1997, p. 10, consid. 4c; 1A.93/1997, p. 11, consid. 4c; 1A.95/1997, p. 11, consid. 4c).

<sup>346</sup> « Aus dem Gesetz ergeben sich indessen Schranken, die den Ermessensspielraum eingrenzen : Die Zulassung von Ausnahmen darf nicht dazu führen, dass die Zielsetzung des Erfordernisses eines rechtskräftigen Entscheids unterlaufen wird » (*id.*).

<sup>347</sup> *Supra*, note 332.

<sup>348</sup> « Demgegenüber ist ein Ausnahmefall grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die deliktische Herkunft der Vermögenswerte klärungsbedürftig ist » (arrêts 1A.87/1997, p. 22, consid. 4f; 1A.85/1997, p. 10, consid. 4d; 1A.89/1997, p. 10, consid. 4d; 1A.91/1997, p. 10, consid. 4d; 1A.93/1997, p. 11, consid. 4d; 1A.95/1997, pp. 11-12, consid. 4d).

<sup>349</sup> « Ist die deliktische Herkunft der Vermögenswerte (...) offensichtlich, so ist das Interesse des ersuchten Staates an einer nachträglichen Kontrolle auf die Beachtung elementarer rechtstaatlicher Garantien bei der Verteilung (Einzahlung oder Rückerstattung an die Berechtigten) beschränkt. Dieses Interesse kann im Einzelfall von geringerer Tragweite sein und gegenüber anderen Interessen zurücktreten » (arrêts 1A.87/1997, p. 22, consid. 4f; 1A.85/1997, p. 11, consid. 4d; 1A.89/1997, p. 11, consid. 4d; 1A.91/1997, p. 11, consid. 4d; 1A.93/1997, p. 12, consid. 4d; 1A.95/1997, p. 12, consid. 4d).

Schweiz zu einem Hort für Fluchtgelder oder kriminelle Gelder wird »<sup>350</sup>. Une responsabilité préventive incombait à cet égard, au premier chef, aux autorités politiques, aux établissements bancaires et à leurs associations professionnelles : « [e]s is in erster Linie Aufgabe des Gesetz- und Verordnungsgebers sowie der Banken und ihrer Standesorganisationen, dafür zu sorgen, dass nicht — wie im vorliegenden Fall geschehen — Staatschefs diktatorischer Regime Millionenbeträge offensichtlich unlauterer Herkunft auf schweizerische Bankkonten deponieren können »<sup>351</sup>. Mais si ceux-ci avaient failli à cette mission, les autorités d'entraide devaient prendre leurs propres responsabilités, et veiller à une restitution rapide de ces avoirs<sup>352</sup>. La Suisse, souligna le Tribunal, y avait un intérêt « fondamental » (*ein erhebliches Interesse*)<sup>353</sup>.

La deuxième condition était elle aussi réunie : il n'était pas douteux que la fortune amassée en Suisse par l'ancien dictateur philippin avait été illégalement constituée. Certes, concéda le Tribunal, les avoirs saisis ne se laissaient pas rattacher à des délits particuliers, et pour cette raison il était possible que de l'argent légalement acquis s'y trouvât<sup>354</sup>. Mais au regard de l'ampleur des avoirs gelés, il ne pourrait en toute hypothèse s'agir que de petites sommes. Pour l'essentiel, leur origine délictueuse n'était pas douteuse — ce qui en rendait la remise anticipée possible<sup>355</sup>.

## II. — LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE PROCÉDURE

Restait à s'assurer du respect par l'État requérant des principes fondamentaux de procédure (*Verfahrensgrundsätzen*) ainsi que de l'ordre public suisse auxquels le

<sup>350</sup> Arrêt 1A.87/1997, p. 23, consid. 5a.

<sup>351</sup> *Id.*

<sup>352</sup> « Werden solche Gelder dennoch in der Schweiz aufgefunden und vom geschädigten ausländischen Staat im Wege der Rechtshilfe herausverlangt, sind die Rechtshilfebehörden und Gerichte zum Entscheid berufen » (*id.*).

<sup>353</sup> *Id.*, p. 28, consid. 5d.

<sup>354</sup> « Allerdings lassen sich nach der Aktenlage die einzelnen Vermögenswerte nicht konkreten Delikten zuordnen und es ist daher möglich, dass auch legale Geldmittel der Familie Marcos in die Stiftungen flossen » (*id.*, p. 24, consid. 5b; arrêts 1A.85/1997, p. 11, consid. 5b; 1A.89/1997, p. 11, consid. 5b; 1A.91/1997, p. 11, consid. 5b; 1A.93/1997, p. 12, consid. 5b; 1A.95/1997, p. 13, consid. 5b).

<sup>355</sup> Arrêt 1A.87/1997, pp. 24-25; 1A.85/1997, pp. 11-12, consid. 5b; 1A.89/1997, pp. 11-12, consid. 5b; 1A.91/1997, pp. 11-12, consid. 5b; 1A.93/1997, pp. 12-13, consid. 5b; 1A.95/1997, p. 13, consid. 5b.

législateur avait subordonné l'octroi de l'entraide (art. 2, *litt. a*, E.I.M.P.). Cette condition découlait aussi de l'esprit de la loi : c'est pour permettre aux autorités suisses d'en vérifier le respect que le législateur avait, *en règle*, fait dépendre la remise des objets ou valeurs saisis de l'existence d'une décision « définitive » et « exécutoire »<sup>356</sup>. Ce même « esprit » devait être respecté en cas de remise anticipée.

L'on a vu qu'en ses arrêts du 1<sup>er</sup> juillet 1987 et du 21 décembre 1990, le Tribunal fédéral avait insisté sur le respect par les autorités philippines des garanties du procès équitables contenues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne pouvait faire autrement, au vu du texte de l'ancien article 2, *litt. a*, E.I.M.P., qui faisait de la non conformité de la demande d'entraide avec les principes de procédure fixés par cette Convention une cause d'irrecevabilité de la demande. Sur ce point aussi, la révision législative du 4 octobre 1996 apportait du nouveau. L'article 2, *litt. a*, précise désormais que la procédure menée à l'étranger doit être conforme « aux principes de procédure fixés par la Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques »<sup>357</sup>.

Il faut y voir le signe d'un assouplissement — d'un retour en arrière dans la voie, dans laquelle le texte ancien s'était engagé, de l'« exportation », par le truchement de l'entraide, des valeurs conventionnelles.

De la nouvelle rédaction de l'article 2, *litt. a*, décida le Tribunal en un arrêt intéressant l'extradition à la République du Kazakhstan d'une ancienne employée de la Banque nationale de ce pays accusée de corruption, se dégageait en effet que les autorités suisses n'avaient à imposer le respect des garanties de procédure contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme qu'aux États qui étaient parties

---

<sup>356</sup> « Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zielt demnach darauf ab, eine Kontrolle darüber zu ermöglichen, dass die Einziehung oder Rückgabe von Vermögenswerten an den Geschädigten aufrufung eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt, das den in der EMRK und im Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (...) festgelegten Verfahrensgrundsätzen entspricht und der ausländische Entscheid weder dem schweizerischen ordre public noch den international gewährleisteten Menschenrechten widerspricht » (Arrêts 1A.87/1997, pp. 20-21, consid. 4e; 1A.85/1997, p. 9, consid. 4b; 1A.89/1997, p. 9, consid. 4b; 1A.91/1997, p. 9, consid. 4b; 1A.93/1997, p. 10, consid. 4b; 1A.95/1997, pp. 10-11, consid. 4b).

à cette Convention <sup>358</sup>. Des autres, elles pouvaient se satisfaire du respect des garanties de procédure contenues dans le pacte onusien : « [i]st der ersuchende Staat nicht Vertragstaat der EMRK, ist grundsätzlich auf den UNO-Pakt II abzustellen » — le Tribunal ajoutant il est vrai que c'était « sofern dieser einen der EMRK zumindest gleichwertigen Schutz gewährleistet » <sup>359</sup>. Sans doute la décision était-elle conforme à l'intention du législateur, pour lequel « [la] référence [au pacte onusien] [était] nécessaire puisque l'EIMP s'appliqu[ait] aussi aux relations d'entraide avec des États n'étant pas membres du Conseil de l'Europe et n'ayant dès lors pas adhéré à la seule CEDH » <sup>360</sup>. Elle n'avait au surplus rien de contraire au système conventionnel — la Cour ayant précisé, par *faveur* pour l'entraide internationale, qu'aucune violation de la Convention ne pouvait être imputée à l'État requis du fait de l'État requérant <sup>361</sup> — du moins lorsque n'était pas en cause une privation de liberté individuelle <sup>362</sup>. Il n'empêche : le texte de l'article 2, *litt. a*, est assez vaniteux, si le respect des principes de procédure fixés par la C.E.D.H. n'est attendu que des États qui sont liés par cet instrument, et celui du Pacte onusien des autres États. La précision, s'agissant de la C.E.D.H., apparaît (presque) dénuée de toute utilité.

---

<sup>357</sup> Je souligne.

<sup>358</sup> 1<sup>er</sup> Cour de dr. publ., 12 sept. 1997, *A. c. Office fédéral de la police*, A.T.F. 123 II 511.

<sup>359</sup> Arrêts 1A.87, p. 25, consid. 5c; 1A.85/1997, p. 12, consid. 5c; 1A.89/1997, p. 12, consid. 5c; 1A.91/1997, p. 12, consid. 5c; 1A.93/1997, p. 13, consid. 5c; 1A.95/1997, p. 13, consid. 5c. Le motif de cet assouplissement apparaît dans le septième considérant de l'arrêt *A. c. Office fédéral de la police* : "[e]ntre 1974 – date de la ratification par la Suisse de la C.E.D.H. – et 1992 – date de l'entrée en vigueur pour la Suisse du Pacte O.N.U. II –, la référence à la C.E.D.H. se justifiait, même à l'égard d'États non européens, car en tant qu'État requis, la Suisse était responsable du seul respect de ces garanties conventionnelles dans les procédures pénales pour lesquelles elle offrait sa collaboration. Cette approche apparaît quelque peu incongrue aujourd'hui, tout spécialement depuis que le droit interne a été modifié (...), avec l'entrée en vigueur (...) de l'article 2 let. a E.I.M.P. Dans la mesure où le Pacte O.N.U. II pose des garanties au moins équivalentes à celles de la C.E.D.H., c'est à ce premier instrument qu'il convient avant tout de se référer » (A.T.F. 123 II, p. 1526, consid. 7d).

<sup>360</sup> F.F., 1995, III, p. 16.

<sup>361</sup> 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, Série A, vol. 240, consid. 110; 24 oct. 1995, *Iribarne Pérez c. France*, Série A, vol. 325-C, §29.

<sup>362</sup> 7 juill. 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 161, § 85, sur lequel not. C. VAN DEN WYNGAERT, « Applying the European Convention on Human Rights to Extradition : Opening Pandora's box », [1990] 39 I.C.L.Q., pp. 757 et s.; J. DUGARD et C. VAN DEN WYNGAERT, « Reconciling Extradition with Human Rights », 92 A.J.I.L. 187 (1998), spéc. pp. 191 et s.

Le législateur helvétique a de la sorte renoncé à « exporter » la Convention européenne en dehors de ses frontières « naturelles » <sup>363</sup> — renonciation définitivement consommée quelques mois plus tard, à la faveur d'un arrêt d'interprétation rendu à la demande des fondations dépositaires des fonds Marcos. Revenant sur l'apparente réserve de ses arrêts de décembre 1997, selon laquelle le respect, de la part de l'État requérant, du pacte onusien n'apparaissait suffisant que « sofern dieser einen der EMRK zumindest gleichwertigen Schutz gewährleistet », le Tribunal précisa qu'à son estime, ce pacte offrait des garanties de procédure comparables à celles contenues dans la Convention européenne <sup>364</sup>. Celle-ci avait perdu toute pertinence.

La tâche du Tribunal fédéral était quoiqu'il en soit grandement facilitée, dès l'instant que, les Philippines étant liées par le Pacte onusien et non par la Convention européenne, c'est à la lumière du premier de ces instruments et non du second que devait se jauger le respect par cet État des « principes fondamentaux de procédure ». Il se contenta de ce point de vue de subordonner la restitution des fonds à l'engagement (*Zusicherung*) du gouvernement philippin de ne déterminer le sort final des avoirs qu'au terme d'une procédure judiciaire conforme aux exigences de l'article 14 du pacte onusien, et qui respecte les droits de la défense — non seulement de M<sup>me</sup> Marcos et de ses enfants, mais aussi des fondations auxquelles appartenaient formellement les avoirs revendiqués <sup>365</sup>. De pareil engagement, expliqua le Tribunal, il n'y avait pas de raison de douter, dès lors que les Philippines avaient conclu avec la Suisse un traité

<sup>363</sup> Comp. les articles 3, 2°, et 4, 3°, de la loi belge du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations (*M.B.*, 3 juill.). Il faut, selon l'exposé des motifs, lire ce dernier article comme une « clause générale de sauvegarde des droits de la personne condamnée, conformément à l'article 6 de la [C]onvention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 1995-1996, n° 427/1, p. 7; je souligne) — rapprochant ainsi la position du législateur belge de celle de l'ancienne loi suisse (voy. les critiques de STESSENS, n° 1266, pp. 550-551).

<sup>364</sup> « Das Bundesgericht ist in seinem Entscheid davon ausgegangen, dass Art. 14 UNO-Pakt II einem Art. 6 EMRK im wesentlichen gleichen Schutz bietet » (I. öff. Abt., 12 mars 1998, *Sachen Aguamina Corporation, Fondation Maler, Arelma Incorporation, Avertina Stiftung, Palmy Stiftung in Nachtragsliquidation, Vibur Stiftung in Nachtragsliquidation*, arrêt 1A.31, 35, 39, 41, 43 et 45/1998, inédit, p. 5, consid. 3b). Le tribunal est allé plus loin que le Conseil fédéral, qui voyait dans le pacte onusien « sur le plan mondial, un prolongement de la CEDH » (F.F., 1995, III, p. 16).

<sup>365</sup> « Auch wenn es sich bei ihr um eine juristische Konstruktion zur Verdeckung der wahren Inhaberschaft der Marcos-Familie an den Vermögenswerten handelt, hat sie doch Anspruch auf rechtliches Gehör, soweit das Verfahren die ihr nominelle zustehenden Konten betrifft » (arrêt 1A.87/1997, p. 28, consid. 5c, bb). Dans son arrêt d'interprétation rendu le 12 mars 1998, le Tribunal décida qu'il n'y avait nulle contradiction à exiger du gouvernement philippin un double engagement, de respecter l'article 14 du pacte onusien — qui ne semblait guère destiné à des personnes morales —, et les droits de la défense des fondations dépositaires des avoirs (arrêt 1A.31, 35, 39, 41, 43 et 45/1998, pp. 6-7, consid. 3d).

d'extradition, entré en vigueur le 23 février 1997, qui manifestait la confiance que le parlement helvétique avait dans le système juridictionnel philippin <sup>366</sup>.

Il semble, si l'on se place sur le plan du droit international — celui de la responsabilité interétatique —, que la Suisse a satisfait à ses obligations de protection internationale des droits de l'homme : le droit international est celui de la logique formelle. Les Philippines étant parties au pacte onusien, il paraissait délicat, par un refus d'entraide, de mettre en doute *a priori* le respect par elles de leurs engagements internationaux... Le tribunal s'est efforcé pourtant d'obtenir les gages d'un respect effectif. Je verrai plus loin comment. Dans l'immédiat, d'autres difficultés se présentaient, susceptibles de faire obstacle à la remise des avoirs, et qu'il s'imposait dès lors de dissiper.

### III. — LA PROCÉDURE PÉNALE OUVERTE À GENÈVE, LES DROITS DES TIERS, CEUX DES VICTIMES DE M. MARCOS ET LES INTÉRÊTS DES BANQUES SUISSES

Ces difficultés « résiduelles » naissaient du texte de l'article 74a, al. 4 et 5, E.I.M.P., qui définit les hypothèses dans lesquelles les objets ou valeurs saisis, dont l'État requérant sollicite la remise, « peuvent » ou « doivent » être « retenus en Suisse ».

#### a) La procédure pénale ouverte à Genève

La première — sans doute la plus facilement rencontrée par le Tribunal —, qu'invoquaient M<sup>me</sup> Marcos, ses enfants et les fondations dépositaires, était liée à la

---

<sup>366</sup> « Mit Genehmigung des Auslieferungsvertrags (...) hat das schweizerische Parlament dem Justizsystem der Philippinischen Republik generell sein Vertrauen erwiesen » (arrêt 1A.87/1997, pp. 27, consid. 5c, bb).

saisie que le procureur général de Genève avait fait pratiquer, au mois de décembre 1990, sur les fonds en dépôt dans cette ville, pour diverses violations du droit cantonal : aux termes de l'article 74a, al. 4, d, la remise peut être refusée, et les fonds retenus en Suisse, « [s]i les objets ou valeurs sont nécessaires à une procédure pénale pendante en Suisse ou sont susceptibles d'être confisqués en Suisse ». Le Tribunal n'eut guère à s'y attarder. La décision du procureur de Genève était en effet assortie d'une réserve, communiquée aux banques concernées dans les termes suivants : « [i]l va de soi que, si l'autorité compétente pour l'octroi de l'entraide devait ordonner la dévolution à la République des Philippines des avoirs faisant l'objet des mesures en vigueur, la présente saisie deviendra sans objet; vous pourrez exécuter les instructions de cette autorité sans nouvelle décision de ma part. Si en revanche la dévolution à l'État requérant devait être refusée, vous voudrez bien considérer que la présente saisie restera en force et empêchera toute restitution aux titulaires des comptes ou à des tiers, avant droit définitivement jugé sur la procédure en confiscation qui sera alors poursuivie ». La procédure diligentée à Genève présentait de la sorte un caractère « subsidiaire » et, pour ce motif, ne pouvait faire obstacle à la remise <sup>367</sup>.

## b) Les droits des tiers

### i. Les fondations dépositaires

Les fondations dépositaires entendaient, en un deuxième moyen, se prévaloir des dispositions du *littera c* de l'article 74a, al. 4, E.I.M.P., aux termes duquel les objets ou valeurs saisis peuvent être « retenus en Suisse (...) [s]i une personne étrangère à l'infraction et dont les prétentions ne sont pas garanties par l'État requérant rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi en Suisse des droits sur ces objets ou valeurs, ou si, résidant habituellement en Suisse, elle rend vraisemblable qu'elle a acquis de bonne foi des droits sur eux à l'étranger ». Pareil motif de refus est

---

<sup>367</sup> Arrêts 1A.91/1997, p. 15, consid. 6b; 1A.93/1997, p. 16, consid. 6c.

obligatoire, et non simplement facultatif, puisqu'aux termes de l'alinéa 5, « [l]es prétentions élevées par un ayant droit (...) entraînent la suspension de leur remise (...) jusqu'à droit connu » <sup>368</sup>.

Les fondations « recourantes » prétendaient précisément, en nom propre, à la protection des « ayants droit ». Le Tribunal eut tôt fait de rejeter l'argument. Il considéra que les fondations, n'ayant qu'une personnalité juridique « formelle » derrière laquelle se dissimulaient les inculpés, ne pouvaient prétendre à la qualité de « tiers » <sup>369</sup> — s'éloignant de la sorte radicalement de la décision qu'il avait rendue, par application du droit suisse des sociétés commerciales, à l'endroit de la société « Pahlavi » <sup>370</sup>, comme si les exigences de la « voie pénale » étaient sur ce plan moins grandes que celles de la « voie civile ». C'est sans doute, ajouta le Tribunal, que les fondations ne pouvaient prétendre à la « bonne foi », dès lors que « die sich den bösen Glauben des Angeschuldigten zurechnen lassen muss », elles n'étaient pas parvenues à rendre leur bonne foi plausible (*glaubhaft*) <sup>371</sup>.

## ii. *La Golden Budha Corp. et la law firm américaine*

Plus délicat pouvait paraître le concours, avec la saisie pénale, des séquestres qu'avaient pratiqué la Golden Budha Corp. et la *law firm* américaine : le Conseil fédéral

<sup>368</sup> Comp. M. HARARI, selon lequel les alinéas 1<sup>er</sup> et 4, E.I.M.P., mettent en place un « double mécanisme potestatif » qui « vise à donner aux autorités suisses compétentes la flexibilité nécessaire pour décider dans chaque cas et en fonction de toutes les circonstances de la remise ou non des objets ou valeurs réclamés » (« Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, pp. 186-187).

<sup>369</sup> « Immerhin (...) muss verlangt werden, dass es sich wenigstens um einen « Dritten » handelt und nicht um eine vom Angeschuldigten vorgeschobene, nur formal selbständige juristische Person, die vom Angeschuldigten beherrscht wird, so dass dieser weiter die tatsächliche Verfügungsmacht über die deliktisch erlangten Vermögenswerten bzw. ihren Ersatzwert ausübt (...). Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdegegnerin nominell Berechtigte der streitigen Bankguthaben; sie wurde aber von Ferdinand Marcos beherrscht, der — ungeachtet der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft — die tatsächlichen Verfügungsmacht über die Vermögenswerte behalten hatte » (arrêts 1A.87/1997, p. 30, consid. 6a; 1A.91/1997, p. 14, consid. 6a; 1A.89/1997, p. 14, consid. 6a).

<sup>370</sup> *Supra*, n° 97 et s.

<sup>371</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 30, consid. 6a; 1A.91/1997, p. 14, consid. 6a; 1A.89/1997, p. 14, consid. 6a.



avait en son « message » rangé le créancier séquestrant parmi les « ayants droit » capables de faire échec à la remise <sup>372</sup>.

Au vrai, le Tribunal fédéral avait de longue date répondu, dans un sens négatif, à la question de la capacité, pour des intérêts privés, de faire obstacle au déroulement d'une procédure diligentée à la requête d'un État étranger. En un arrêt du 15 septembre 1906, prononcé au lendemain de l'extradition à la Russie d'un activiste révolutionnaire qui s'était rendu coupable à Zurich d'une attaque à main armée contre la Banque mutuelle de commerce de Moscou, et qui avait été condamné à restituer à l'envoyé du gouvernement de Russie la somme, qu'il avait dérobée, de 37.000 roubles <sup>373</sup>, le Tribunal avait fait droit aux prétentions de ce dernier, qui protestait qu'un séquestre pratiqué à Zurich sur 10 % de cette somme ne pouvait faire obstacle à son versement intégral au gouvernement impérial : « [d]enn die Rechte Dritter hinsichtlich der beschlagnahmten Gegenstände werden zwar als solche durch die Auslieferung nicht berührt, aber sie müssen als Privatrechte hinter der öffentlichrechtlichen Pflicht des Staates zur Auslieferung zurücktreten, und sie können daher nicht in einer Weise verfolgt werden, die der Auslieferung im Wege stehen würde » <sup>374</sup>. La solution devait être confirmée peu de temps plus tard. Une circulaire gouvernementale du 6 février 1913 concernant l'« [e]xtradition aux États étrangers d'objets saisis par la police et qui appartiennent à un individu poursuivi pénalement » (*Sachauslieferung*) précisa que « la saisie fondée sur le droit de poursuivre doit céder le pas à la saisie pratiquée en vertu du droit public » <sup>375</sup>. C'est d'une certaine manière ce que retient, en intégrant les progrès contemporains de la protection des droits des particuliers, l'article 74a, nouv., E.I.M.P., qui précise que les tiers ne peuvent s'opposer

---

<sup>372</sup> « Est visé (...) le cas, notamment, du créancier qui remplit les conditions formelles du 4<sup>e</sup> alinéa et qui a engagé une procédure en validation d'un séquestre (art. 271 LP) obtenu sur le produit de l'infraction, par exemple. Dans cette hypothèse, les objets ou valeurs ne sauraient être transférés à l'État requérant avant l'issue du procès en cours » (F.F., 1995, III, p. 26, note 45).

<sup>373</sup> 18 juill. 1906, *Belenzov*, cité *supra*, note 242.

<sup>374</sup> 15 sept. 1906, *Belenzov*, A.T.F. 32 I 546, p. 548, consid. 2.

<sup>375</sup> A.T.F. 54 III, pp. 83-84, qui précise : « [I]orsque l'autorité compétente a décidé qu'il y a lieu à extradition [des objets], l'exécution de cette décision ne peut plus être empêchée par des prétentions de droit privé que des tiers feraient valoir sur les objets en question (...). Il faut assimiler, au cas où des tiers ont acquis des droits réels sur les objets à extraditer, celui où des objets ont été séquestrés ou saisis pour garantir les prétentions que des tiers font valoir contre l'extradé. L'existence d'un séquestre ou d'une saisie ne confère (...) pas à l'office des poursuites le droit de se refuser à livrer aux autorités chargées d'opérer l'extradition les objets qui sont désignés dans le prononcé d'extradition » (*ibid.*, p. 83).

à la remise que si leurs prétentions « ne sont pas garanties par l'État requérant » — ce dont il n'y avait *a priori* pas de raison de douter, les Philippines étant, comme relevé ci-dessus, parties au Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques.

Ce n'est pas à cette circonstance cependant que s'attacha le Tribunal pour rejeter les prétentions de la Golden Budha et de la *law firm*. Trois autres éléments militaient pour ce rejet — entre lesquels le Tribunal n'a pas établi, semble-t-il, un ordre très rigoureux : d'abord, le législateur n'avait protégé, aux termes de l'article 74a, que les personnes qui avaient acquis un droit « sur » les objets ou valeurs (*eine Rechte an diesen Gegenständen oder Vermögenswerten*), un droit réel, que le séquestre — simple mesure conservatoire ou d'exécution — était en soi incapable de générer<sup>376</sup>; ensuite — cet argument était lié au précédent —, le législateur n'avait eu en vue — comme en droit pénal interne — que les tiers pouvant prétendre à la restitution des objets ou valeurs saisis, et nullement ceux qui, de manière générale, n'avaient d'autre prétention à faire valoir qu'un droit de créance qu'ils entendaient « particulariser », à titre de gage, sur les objets ou valeurs saisis<sup>377</sup>; enfin, et peut-être surtout, ni la Golden Budha, ni la *law firm* ne satisfaisaient aux conditions matérielles dont l'article 74a, entourait la protection des droits des tiers — singulièrement celle de la résidence habituelle en Suisse<sup>378</sup>. En somme, leurs droits ne pouvaient triompher — d'autant moins, *in cauda venenum*, que les séquestres qu'ils avaient pratiqués étaient postérieurs à la décision de principe, prise le 21 décembre 1990, de restituer les avoirs saisis à la République des Philippines<sup>379</sup>.

<sup>376</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 31, consid. 6b, aa; 1A.85/1997, p. 14, consid. 6a; 1A.95/1997, pp. 15-16, consid. 6b (souligné chaque fois par le Tribunal lui-même), qui ajoutent tous trois : « [d]er Arrest ist ein reines Sicherungsinstrument, das dem Gläubiger kein materielles Vorzugrecht verschafft » (*id.*). Le Tribunal semble ici se ranger aux arguments de C. MARKEES, « Aktuelle Fragen aus dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe », ZStR, 1973, p. 243, et « Entraide internationale en matière pénale. La loi fédérale du 20 mars 1981 », F.J.S., 422, p. 21; de L. FREI, « Einziehung und Beschlagnahme als Rechtshilfemassnahmen », in *Aktuelle Rechtsfragen aus dem Bandenbereich*, Zentrum für Unternehmungsführung-Seminar, Zürich, 26. und 27. Nov. 1987, p. 29, dont le texte est reproduit dans R.P.S., 1988, p. 333; de M. HARARI, « Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, p. 191, pour lequel « [e]n l'état, il semble qu'aucun élément déterminant ne permette de battre en brèche la position de la doctrine. On doit donc en conclure que l'EIMP n'offre au créancier ordinaire aucun moyen de s'opposer à la remise » (souligné par l'auteur lui-même, note omise).

<sup>377</sup> « Art. 74a Abs. 4 lit. a IRSG berücksichtigt nur Rückgabeansprüche (und nicht generell Entschädigungsansprüche) von Geschädigten (...) » (arrêts 1A.87/1997, p. 32, consid. 6b, bb; 1A.85/1997, p. 15, consid. 6b; 1A.95/1997, p. 16, consid. 6c, souligné par le Tribunal lui-même).

<sup>378</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 32, consid. 6b, cc; 1A.85/1997, p. 15, consid. 6c; 1A.95/1997, p. 17, consid. 6d.

<sup>379</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 33, consid. 6b, dd; 1A.85/1997, p. 7, consid. 2, et p. 16, 6d; 1A.89/1997, p. 15, consid. 6b; 1A.93/1997, p. 15, consid. 6b; 1A.95/1997, p. 8, consid. 2c, et pp. 17-18, 6e.

C'est moins ces arguments qui retiennent l'attention que le parallèle fait par le Tribunal avec le droit pénal interne <sup>380</sup> — dans lequel il est de longue date admis que le séquestre pénal, pratiqué en vue de la poursuite de l'intérêt public, prime le séquestre civil (*Prioritätsprinzip*) <sup>381</sup>. On le conçoit aisément, lorsqu'est en cause — comme c'était le cas en 1906 ou en 1913 — l'application d'un traité d'extradition : il s'agissait alors de faire primer les obligations que la Suisse assumait en droit international sur les dispositions de son ordre juridique interne <sup>382</sup>. Il est plus remarquable que la même solution prévale dans le cadre de l'E.I.M.P., en dehors de tout traité. Y appliquer le « principe de priorité » revient à mettre sur le même pied l'intérêt public suisse, lié à l'ouverture d'une procédure interne, et l'intérêt public étranger qui motive une demande d'entraide — ce qui dénote l'importance de la prise en compte de l'intérêt public étranger que permet l'E.I.M.P.

c) Les droits des victimes de M. Marcos, et les intérêts des banques suisses

Le Tribunal jugea enfin qu'étaient « dignes de protection » (*schutzwürdig*), et capables en conséquence de faire obstacle à l'exécution de la demande d'entraide, d'autres personnes que celles visées par l'article 74a, al. 4 et 5, E.I.M.P. : les « victimes » de l'infraction, même sans résidence en Suisse, qui n'avaient pas (encore) été indemnisées <sup>383</sup>, dont le juge suisse avait à tenir compte dans l'exercice du « pouvoir d'appréciation » que lui conférait cette disposition <sup>384</sup>. Tel était le cas des victimes des violations des droits de l'homme commises pendant l'ère Marcos.

<sup>380</sup> Arrêts 1A.87/1997, pp. 31-32, consid. 6b, bb; 1A.85/1997, pp. 14-15, consid. 6b; 1A.95/1997, p. 16, consid. 6c.

<sup>381</sup> Trib. féd., 24 juin 1902, *Sciaroni*, A.T.F. 28 I 220; 25 oct. 1967, *Pannetier*, *id.*, 93 III 89.

<sup>382</sup> « Aus diese Staatsvertragliche Pflicht kann der Umstand nicht von Einfluß sein, daß seitens dritter Personen privatrechtliche Ansprüche auf einem Teil des Geldes geldend gemacht werden und daß von eiem Ansprecher zur Sicherung seines Anspruchs eine entsprechender Betrag mit Arrest belegt ist » (A.T.F. 32 I, p. 548, , consid. 2, je souligne).

<sup>383</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 35, consid. 7b; 1A.85/1997, pp. 16-17, consid. 7a et 1A.95/1997, p. 18, consid. 7a.

<sup>384</sup> M. HARARI, « Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, pp. 186-187 et 192.

L'on pourrait s'en étonner : pas plus à leur endroit qu'à celui de la Golden Budha Corp. ou de la *law firm* américaine n'y avait-il de lien direct (*unmittelbar Zusammenhang*) entre les infractions dont elles avaient souffert et les avoirs dont l'État requérant sollicitait la remise<sup>385</sup>. Mais elles n'en étaient pas moins directement affectées par l'issue de la procédure d'entraide : « [d]ie Kläger jenes Verfahrens sind Gläubiger des Nachlasses von Ferdinand Marcos und als solche von der Herausgabe der Vermögenswerte an die Philippinen betroffen »<sup>386</sup>. Surtout, leurs prétentions étaient dirigées en première ligne contre l'État philippin, responsable des violations des droits de l'homme commises sur son territoire et sous son autorité : « [d]iese Ansprüche richten sich in erster Linie gegen die Philippinen, auf deren Gebiet und unter deren Herrschaftsgewalt die Menschenrechtsverletzungen begangen wurden »<sup>387</sup> — de manière qu'elles pouvaient chercher indemnisation tant auprès de la succession de M. Marcos qu'auprès des autorités philippines : « [die] Geschädigten (...) sind daher (...) darauf angewiesen, sich entweder am Nachlassverfahren zu beteiligen, wenn sie die persönliche Verantwortlichkeit von Ferdinand Marcos für die in seiner Amtszeit begangenen Menschenrechtsverletzungen geltend machen wollen, oder aber eine Entschädigung vom philippinischen Staat für das von seinen Organen begangene Unrecht zu verlangen »<sup>388</sup>.

Les autorités suisses, souligna le Tribunal, ne pouvaient méconnaître ces droits, à peine d'engager la responsabilité internationale de la Confédération, liée par divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme — singulièrement la Convention de New-York du 10 décembre 1984 contre la torture et les autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, dont l'article 14 dispose que chaque

---

<sup>385</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 43, consid. 7c, ff; 1A.89/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.91/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.93/1997, p. 17, consid. 7a. Voy., à l'égard de la *law firm*, l'arrêt 1A.85/1997 : « [es] besteht (...) kein Zusammenhang zwischen den Straftaten, die Gegenstand des Rechtshilfverfahrens sind und aus denen die in der Schweiz beschlagnahmten Vermögenswerte vermutlich herrühren, und den Ansprüchen der Gläubiger » (p. 17, consid. 7a); à l'égard de la Golden Budha, l'arrêt 1A.95/1997 : « [s]elbst wenn, wie diese behauptet, ein Grossteil der immensen Vermögenswerte der Familie Marcos aus dem Goldfund von Rogelio Roxas stammen sollte, steht jedenfalls nicht fest, dass auch die in der Schweiz gesperrten Vermögenswerte direkt oder indirekt aus diesem Schatz herrühren » (p. 19, consid. 7a).

<sup>386</sup> Arrêts 1A.87/1997, p. 43, consid. 7c, ff; 1A.89/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.91/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.93/1997, p. 17, consid. 7a.

<sup>387</sup> Arrêt 1A.87/1997, pp. 39-40, consid. 7c, cc.

<sup>388</sup> *Id.*, p. 40; arrêts 1A.89/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.91/1997, p. 16, consid. 7a; 1A.95/1997, p. 17, consid. 7a.

partie doit veiller, dans sa législation, à offrir aux victimes une juste compensation des dommages qu'elles subissent <sup>389</sup>. Du moins pouvaient-elles, eu égard aux déclarations faites en mars 1997, à un journal saoudien, par le président philippin, selon lesquelles son gouvernement affecterait une partie au moins des avoirs confisqués à l'indemnisation des victimes, se satisfaire d'un engagement de principe du gouvernement philippin d'associer les victimes au partage de la fortune de l'ancien dictateur — engagement qui s'ajoutait à celui, vu ci-dessus, de ne déterminer le sort final des avoirs restitués qu'au terme d'une procédure conforme aux exigences de l'article 14 du pacte onusien. La justice philippine était dans un état pitoyable. Le Tribunal ne manqua pas de l'épingler au passage, en des attendus d'une étonnante sévérité <sup>390</sup>. Mais le gouvernement philippin informerait le Conseil fédéral des mesures pour respecter ses engagements, et cela suffisait <sup>391</sup>.

Cette solution, ajouta le Tribunal, ne mettait guère en difficulté les banques dépositaires — dont, souligna-t-il par un ajout au texte de la loi que justifiaient sans doute les particularités de l'espèce, les autorités d'exécution se devaient de prendre les intérêts en considération. D'une part en effet, la Cour du neuvième circuit était revenue sur l'ordonnance du juge de Hawaï qui leur imposait de consigner le montant des avoirs déposés auprès d'elles au greffe de la Cour; d'autre part, cette ordonnance elle-même, n'eût-elle pas été réformée, était intervenue après que le Tribunal fédéral, seul compétent pour statuer sur les avoirs gelés en suisse dans le cadre de l'E.I.M.P., eût autorisé *en principe* leur remise à l'État philippin <sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> Arrêt 1A.87/1997, pp. 36 et s., consid. 7c.

<sup>390</sup> « Die philippinische Justiz gilt als schwerfällig und für Korruption und politischen Einfluss anfällig (...). Die Strafverfolgungsbehörden sind personell und finanziell unterdotiert und arbeiten im allgemeinen äussert langsam (...). Dies liegt jedoch nicht am schlechten Willen der philippinischen Behörden, denen übereinstimmend eine grosse Augeschlossenheit für die Menschenrechtsproblematik attestiert wird, sondern an strukturellen und finanziellen Mängeln der philippinischen Justiz » (*id.*, pp. 41-42, consid. 7c, *ee*).

<sup>391</sup> *Id.*, p. 44, consid. 7c, *gg*.

<sup>392</sup> *Id.*, pp. 44 et s., consid. 7d.

## F. — L'ARRÊT DU 6 AVRIL 1998

La décision était prise de remettre les avoirs saisis aux autorités philippines, à la condition qu'elles s'engagent à ne statuer sur leur affectation qu'aux termes d'une procédure conforme à l'article 14 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, et à tenir les autorités suisses informées des développements de cette procédure — singulièrement des mesures prises pour indemniser les victimes. Conformément à l'article 80*p*, al. 2, E.I.M.P., l'Office fédéral de la police était chargé de communiquer ces conditions à l'État requérant et d'en contrôler le respect <sup>393</sup> — <sup>394</sup>.

L'engagement attendu du gouvernement philippin fut pris en deux notes diplomatiques, des 13 et 19 janvier 1998, dont l'Office fédéral de la police constata, en une ordonnance du 22 janvier, qu'elles satisfaisaient aux conditions posées par le Tribunal fédéral <sup>395</sup>. L'ordonnance, contestée par les fondations au motif qu'elles n'avaient pas été entendues, fut confirmée par le Tribunal fédéral en un arrêt du 6 avril 1998. Insistant sur l'intérêt public à une clôture rapide de la procédure d'entraide <sup>396</sup>, celui-ci n'était pas dénué d'une certaine irritation à l'égard des « recourantes », qui « die wirtschaftliche Berechtigung der Marcos-Erben an den Vermögenswerten nicht

<sup>393</sup> Arrêt 1A.87/1997, p. 47, consid. 8*b*. Voy. le disp. des arrêts 1A.87/1997, pp. 48-49; 1A.85/1997, pp. 18-19; 1A.89/1997, pp. 18-19; 1A.91/1997, pp. 18-19; 1A.93/1997, pp. 19-20; 1A.95/1997, pp. 20-21.

<sup>394</sup> L'entraide conditionnelle qui était ainsi accordée donnait, souligna le Tribunal dans son arrêt d'interprétation du 12 mars 1988, naissance à une « obligation interétatique réciproque » (*eine zwischenstaatliche Verpflichtung*) dont les fondations « recourantes », titulaires des fonds, ne tiraient aucun droit, et dont il appartenait au Conseil fédéral seul, dans la conduite de la politique étrangère de l'État, de contrôler le respect et, le cas échéant, de sanctionner les violations — notamment par un refus ultérieur de l'entraide. Tout au plus les fondations « recourantes » pouvaient-elles communiquer leurs observations à l'Office fédéral de la police ou au Conseil fédéral, et leur demander d'entreprendre à cet égard toutes les démarches nécessaires auprès des autorités philippines (arrêt 1A.31, 35, 39, 41, 43 et 45/1998, pp. 8-9, consid. 4*c*, et, déjà, arrêt 1A.87/1997, p. 44, consid. 7*c*, *hh*).

<sup>395</sup> I. öff. Abt., *Aguamina Corporation, Avertina Stiftung, Palmy Stiftung in Nachtragsliquidation, Vibur Stiftung in Nachtragsliquidation, Fondation Maler, Arelma Incorporation g. Bundesamt für Polizeiwesen*, arrêt 1A.29/1998, inédit, p. 3. L'euphorie provoquée aux Philippines par cette décision conduisit le président de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête à déclarer à des journalistes suisses que lorsque la décision finale du *Sandiganbayan* aurait été « entérinée » par la Cour suprême des Philippines, elle serait soumise au Tribunal fédéral suisse « afin de déterminer si les conditions imposées par ce dernier ont été respectées par le gouvernement philippin ». Si c'est le cas, ajouta l'interlocuteur, « le Tribunal fédéral débloquera l'argent » de l'*escrow account* ouvert à Manille dans les comptes de la Banque nationale des Philippines (*Le Temps*, 21 avr. 1998).

<sup>396</sup> Arrêt 1A.29/1998, p. 4, et déjà, arrêt 1A.31, 35, 39, 41, 43 et 45/1998, p. 4, consid. 1*b*.

bestritten haben und damit lediglich eine formelle Rechtsposition verteidigen »<sup>397</sup>, et qui surtout ne formulaient aucun élément neuf de nature à mettre en doute la crédibilité (*Glaubwürdigkeit*) de l'engagement du gouvernement philippin<sup>398</sup>.

« Manille », titrait *Le Temps* du 16 avril 1998, devait donc « revoir sous peu le trésor amassé par l'ex-dictateur Ferdinand Marcos ». Il semble de fait que les transferts de fonds aient commencé — sans que le procureur de Zurich pût dire avec précision, au lendemain d'un nouveau blocage, « ce qui [était] parti et ce qui [était] resté »<sup>399</sup>. Car la saga n'était pas terminée. Les fondations devaient, *in extremis*, « brûler » quelques « dernières cartouches ».

#### G. — LES ARRÊTS DES 20 MAI ET 10 JUIN 1998

Celles-ci — qui obtinrent à cette occasion, par ordonnance présidentielle du 17 avril 1998, la suspension de la remise des fonds<sup>400</sup> — cherchaient à obtenir la révision des arrêts de décembre 1997 et avril 1998, en deux recours datés le premier du 9 avril, et le second, du 8 mai 1998.

Le second recours, fondé sur la demande que les recourantes avaient, le 2 avril, introduite auprès du *Bezirksanwaltschaft* du canton de Zurich, en révision des trois ordonnances du 21 août 1995, en raison de la découverte de nouveaux « faits et documents de preuve », fut rejeté en premier lieu : une procédure devant une instance cantonale ne peut, rappela le Tribunal, que suspendre celle en cours devant le Tribunal fédéral; en aucun cas induire une révision — et de menacer l'avocat des fondations « recourantes », qui avait manqué manifestement au devoir de diligence qui s'impose

<sup>397</sup> Arrêt 1A.29/1998, p. 6.

<sup>398</sup> *Id.*, p. 7.

<sup>399</sup> *Le Temps*, 21 avr. 1998; *La Libre Belgique*, 16 avr. 1998. On avança par la suite le chiffre de 300 millions de francs suisses (*Le Temps*, 16 juin 1998).

<sup>400</sup> Une seconde ordonnance, du 21 avril, rejeta la demande de restitution des sommes déjà transférées à Manille (I. öff. Abt., *Aguamina Corporation, et al., g. Bundesamt für Polizeiwesen, et al.*, arrêt 1A.85, 87, 89, 91, 93 et 95/1998, inédit, exposé des faits, E, p. 9).

dans la direction d'un procès devant la plus haute instance juridictionnelle du pays (*die für die Prozessführung vor dem höchsten Gericht des Landes erforderliche Sorgfalt*), de l'amende d'ordre prévue par l'article 31, al. 2, de la loi fédérale d'organisation judiciaire <sup>401</sup>.

Restait le premier recours, introduit, précisément, sur la base des nouveaux « faits et documents de preuve ». Les « faits » consistaient dans la crise financière qui secoua l'Asie au printemps 1998 et qui, soutenaient les « recourantes », avait provoqué l'effondrement des réserves de la banque nationale des philippines. Fait nouveau sans doute, concéda le Tribunal, mais postérieur aux décisions rendues en décembre et qui, pour cette raison, ne pouvait justifier une révision <sup>402</sup>. Quant aux « documents », ils consistaient en un « accord secret » (*Geheimabkommen*), daté du 28 décembre 1993, mais qui ne serait parvenu que tout récemment à la connaissance des « recourantes », par lequel les héritiers de M. Marcos et la République des Philippines étaient convenus, en échange d'un désistement des poursuites, d'un partage de la fortune de l'ancien dictateur : 25 % devait en revenir aux premiers; 75 % à la seconde <sup>403</sup>. La demande d'entraide formée le 7 août 1995 était, soutenaient les fondations, contraire aux termes de cet accord, et les décisions prises sur sa base devaient être revues — dans la mesure au moins où elles ne limitaient pas la « remise » aux trois quarts des avoirs gelés <sup>404</sup>.

Que pareil accord ait existé, dit le Tribunal, est hors de doute. Mais il était très improbable que les fondations « recourantes » n'aient pas, comme l'exigeait l'article 137, *litt. b*, de la loi fédérale d'organisation judiciaire, été en état de l'invoquer plus tôt. Aux Philippines, les autorités en avaient révélé l'existence au mois d'avril 1995; il y avait été largement discuté dans la presse; en Suisse même, la Golden Budha Corp. y avait fait référence en conclusions; *last but not least*, l'avocat de la République des Philippines disait en avoir reçu en son temps copie, et avoir pu discuter de sa validité

<sup>401</sup> I. öff. Abt., *Aguamina Corporation, et al., g. Bundesamt für Polizeiwesen*, arrêt 1A.107/1998, inédit.

<sup>402</sup> Arrêt 1A.85, 87, 89, 91, 93 et 95/1998, p. 13, consid. 1e, aa.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p. 15, consid. 2a, qui révèle que l'accord était formé d'un « general agreement » et d'un « supplemental agreement » — le premier contenant la renonciation des autorités philippines à toute nouvelle poursuite, le second organisant le partage des avoirs.

<sup>404</sup> *Id.*



avec son collègue américain : comment croire qu'il n'en était pas de même de l'avocat des fondations « recourantes » <sup>405</sup> ?

L'accord, ajouta le Tribunal, n'est jamais « entré en vigueur », à défaut d'approbation présidentielle aux Philippines <sup>406</sup>... Il semble pourtant, j'y reviendrai ci-dessous, qu'il ait aux États-Unis servi de base au partage des avoirs que l'ancien dictateur avait conservés dans ce pays — un partage conclu hors la présence des victimes des violations des droits de l'homme, et qui pour ce motif y déclencha de violents contentieux. En toute hypothèse cependant, son volet « suisse » était inachevé : il était prévu simplement que « the Marcos heirs agree to cooperate with the Republic to effect the transfer of all monies held in accounts in Switzerland » <sup>407</sup>. Or cette « coopération » demeura lettre morte, dès lors précisément que les victimes des violations des droits de l'homme s'y opposèrent, conduisant on l'a vu les parties à négocier sans succès à Hong Kong, en janvier 1996, les termes d'un arrangement trilatéral.

Aussi n'est-il guère étonnant que le Tribunal fédéral n'ait cru ni à la nouveauté prétendue du document, ni à son aptitude à faire obstacle à la poursuite de la procédure d'entraide <sup>408</sup>. Un dernier moyen de révision était fondé sur la partialité du *Bezirksanwalt* de Zurich, M. Cosandey, qui, prétendait-on, avait, au lendemain de la conclusion de l'« accord secret », assuré les autorités philippines de sa « parfaite disposition à coopérer » (*vollkommene Kooperationsbereitschaft*), et les aurait informées que son unique souhait était de n'avoir « aucun problème » après qu'il aurait rendu sa décision (*dass ere keinerlei Probleme haben wolle, wenn er einmal seine Entscheidung gefällt habe*). Les fondations recourantes n'en avaient pas été informées, et aucune note ne leur avait été communiquée. Il en résultait, soulignaient-elles, une violation du caractère contradictoire de la procédure. Mais, fit remarquer le Tribunal, il était de notoriété publique (*ein allgemein bekannte Tatsache*) qu'au lendemain de l'arrêt du 21 décembre 1990, la République des Philippines avait cherché à s'entendre avec la famille Marcos

<sup>405</sup> *Id.*, p. 16, consid. 2b.

<sup>406</sup> *Id.*, pp. 17-18, consid. 2c.

<sup>407</sup> Le texte de l'accord apparaît dans *Maximo Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos, Imelda R. Marcos and Ferdinand R. Marcos*, Civ. Nos. 95-16487 et 95-16145 (9th Circ. Dec. 17, 1996), p. 10.

sur le partage des fonds et, dans ce but, pris contact avec les personnes concernées en Suisse — non seulement les banques et les autorités fédérales compétentes, mais aussi l'autorité cantonale d'exécution. Et de ce point de vue, les fondations « recourantes » avaient mal analysé les pièces, d'où ne ressortait aucune partialité qui pût être reprochée à M. Cosandey <sup>409</sup>.

Le recours fut rejeté. Les paiements reprirent, et les avoirs gelés furent en totalité déposés sur le compte bloqué ouvert dans les livres de la Banque nationale des Philippines, dans l'attente d'un règlement définitif qui, désormais, n'intéressait plus les autorités judiciaires suisses — mais seulement, on l'a vu ci-dessus, ses autorités politiques <sup>410</sup>. Les frais d'une procédure de plus de douze années furent mis à charge des fondations « recourantes », qui avaient vainement tenté, au mois de mai, d'obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire en se prétendant désargentées <sup>411</sup>...

### SECTION 3. — Aux États-Unis

#### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

##### A. — L'INTERNATIONAL EMERGENCY ECONOMIC POWERS ACT

L'arsenal juridique américain est — l'exemple de l'ancien shah l'a montré — suffisamment élaboré pour contenir une réglementation détaillée du blocage d'avoirs. Aussi n'est-il pas étonnant que l'*International Emergency Economic Powers Act* — loi

---

<sup>408</sup> Arrêt 1A.85, 87, 89, 91, 93 et 95/1998, p. 18, consid. 2c.

<sup>409</sup> *Id.*, pp. 19-20, consid. 3c.

<sup>410</sup> Celles-ci auront sans doute fort à faire, car les fonds Marcos étaient à peine « restitués » que le président philippin Joseph Estrada, nouvellement élu, annonçait son intention de ratifier l'accord du mois de décembre 1993 passé avec la famille Marcos, ce qui entraînerait un partage de ces fonds selon la clé 25/75, au mépris apparent des droits des victimes que le Tribunal fédéral avait pourtant entendu sauvegarder (*Le Temps*, 16 juill. 1998).

<sup>411</sup> *Id.*, 11 mai 1998.

fédérale du 28 décembre 1977 permettant, dans la tradition du *Trading with the Enemy Act*, au président de prendre les mesures qu'impose une « national emergency »<sup>412</sup> —, ait été pressenti par divers avocats spécialisés dans la défense des droits de l'homme comme « a valuable tool in foreign affairs (...), [which] « can and should be used in (...) instances of the pursuit of property of fallen third world dictators »<sup>413</sup>. Les nouvelles autorités philippines n'ont pas manqué de chercher à en faire usage. Dès le lendemain de la chute de M. Marcos, elles sollicitèrent du gouvernement américain l'adoption de mesures de blocage basées sur cette loi. Le département d'État refusa d'accéder à leur demande, pour le double motif — ressenti par M<sup>me</sup> Severina Rivera, directrice de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête à Washington — que « it doubted that the International Emergency Economic Powers Act (...) would apply » et que « there was no political will to apply [it] to the Philippines cases »<sup>414</sup>.

L'on peut passer rapidement sur le « défaut de volonté politique ». « (...) [T]he application of the [International Emergency Economic Powers Act] », souligne A. C. Robitaille, « is a policy decision. The Departments of State and Justice are in a unique position to consider and evaluate the merits of a wealth of information before recommending the application of [it] to the President. Since there is little publicly available information to evaluate fully the *Marcos* cases, it is difficult to judge the government's position concerning the cases »<sup>415</sup> — <sup>416</sup>. L'on retiendra seulement, sur le

<sup>412</sup> ACT CONCERNING THE POWERS OF THE PRESIDENT IN TIME OF WAR OR NATIONAL EMERGENCY, Publ. Law 95-223, codifié sous 50 U.S.C., §§ 1701 et s., égal. publ. dans 17 I.L.M. 139 (1978). Voy., pour une mise en perspective, M. P. MALLORY, *Economic Sanctions and U.S. Trade*, Boston, Toronto et Londres, Little, Brown & Co., 1990 et 1996 Suppl.

<sup>413</sup> A. C. ROBITAILLE, « The *Marcos* Cases : A Consideration of the Act of State Doctrine and the Pursuit of the Assets of Deposed Dictators », 9 *B. C. Third W. L. Journ.* 81 (1989), p. 114, qui insiste : « [t]he [International Emergency Economic Powers Act] is not a panacea, but it can, under the proper circumstances, facilitate both the transfer of power from dictatorship to democracy as well as the pursuit of stolen assets » (*id.*).

<sup>414</sup> A.S.I.L. *Proceedings of the 81st Annual Meeting*, p. 403, égal. cité par A. C. ROBITAILLE, « The *Marcos* Cases... », *op. cit.* in 9 *B. C. Third W. L. Journ.*, p. 111, note 207, qui estime, au contraire du département d'État, que « [b]ecause of its breadth, the [International Emergency Economic Powers Act] could have been used to freeze the contested American property in the *Marcos* cases (...) » (*ibid.*, p. 111).

<sup>415</sup> « The *Marcos* cases... », *op. cit.* in 9 *B. C. Third W. L. Journ.*, p. 114, qui n'en ajoute pas moins que l'intervention du président aurait été souhaitable, en raison d'une part de l'importance des relations américano-philippines sur les plans militaire, économique et social, attestée par une déclaration — sur laquelle il y aura lieu de revenir — faite devant la *United States Court of International Trade* par le sous-secrétaire d'État américain Michael Armacost (*infra*, notes 434-435); d'autre part de la valeur symbolique qui s'attache à l'utilisation de l'*International Emergency Economic Powers Act* : celle-ci aurait pu renforcer « the Aquino government's domestic and international credibility » (*ibid.*, pp. 113-114).

<sup>416</sup> L'on a glosé — c'est une explication qu'il faut prendre avec prudence — sur les liens assez

plan de la « casuistique », que la crise provoquée par le départ de l'ancien président philippin ne réunissait pas, à l'estime des autorités gouvernementales américaines, la condition de l'« état d'urgence » (*state of emergency*) au constat duquel la section 1701 (a) du titre 50, U.S.C., suspend l'adoption des mesures permises par l'*International Emergency Powers Act*. Il en est ainsi alors même que, de son côté, la sous-commission pour les affaires asiatiques et pacifiques de la Chambre des représentants (« Commission Solarz ») avait ouvert une enquête sur les collusions que les entreprises américaines avaient entretenues avec le régime de l'ancien président <sup>417</sup>.

B. — LES CUSTOMS REGULATIONS,  
LE MUTUAL LEGAL ASSISTANCE AGREEMENT,  
AZURIN V. UNITED STATES ET AZURIN V. VON RAAB

I. — LES CUSTOMS REGULATIONS

L'administration américaine n'est cependant pas demeurée indifférente aux revendications du nouveau gouvernement philippin. Une application pointilleuse des *Customs Regulations* lui permit de se saisir, dès leur arrivée à Hawaï, des bagages emplis de documents, titres, bijoux, devises — plus d'un million de dollars <sup>418</sup> — et autres objets de valeur que M. Marcos et sa suite avaient emportés dans leur fuite — il y en avait un avion complet, pour une valeur estimée à quelque sept à huit millions de dollars <sup>419</sup>. Il apparut rapidement que ni ces documents, ni ces biens — initialement

---

étroits qui avaient uni certains hauts responsables américains — au premier rang desquels figurait M. Bush, alors vice-président des États-Unis — à M. Marcos, pour expliquer la relative circonspection avec laquelle l'administration américaine gère la crise philippine (*Los Angeles Daily Journal*, 19 mars 1986).

<sup>417</sup> INVESTIGATION OF PHILIPPINES INVESTMENTS IN THE UNITED STATES, BEFORE THE SUBCOMMISSION ON ASIAN AND PACIFIC AFFAIRS OF THE HOUSE COMMISSION ON FOREIGN AFFAIRS, 99th Cong., 1st & 2d Sess. 479 (1985-86).

<sup>418</sup> *Los Angeles Daily Journal*, 10 mars 1986.

<sup>419</sup> *Id.*, 30 oct. 1986.

saisis pour le temps nécessaire à l'accomplissement des formalités d'inspection et de dédouanement <sup>420</sup> —, ne seraient restitués à M. Marcos et à sa suite.

Dès le 1<sup>er</sup> mars en effet, le gouvernement philippin pria l'administration américaine de ne pas se dessaisir des objets en sa possession aussi longtemps que la propriété en serait contestée <sup>421</sup>. Le 6, il manifesta son souhait de prendre connaissance des quelque deux mille trois cents pages de documents saisis et sollicita du gouvernement américain qu'une copie lui en soit immédiatement remise <sup>422</sup> — demande qu'accompagnait une requête formelle de la sous-commission pour les affaires asiatiques et pacifiques de la Chambre des représentants, qui sollicitait elle aussi, par la voie d'un *subpoena*, la communication des documents, dans le but d'en remettre la copie aux autorités philippines <sup>423</sup>.

L'une et l'autre demandes du gouvernement philippin furent accueillies avec faveur. Le 6 mars, l'administration américaine fit connaître au gouvernement philippin son intention de lui transmettre la copie des documents détenus par ses services de douane, et de « otherwise cooperate in law enforcement activities » <sup>424</sup>. Le 12, bien que

---

<sup>420</sup> Les douaniers inspectèrent sommairement les valises de M. Marcos et de sa suite le 26 février 1986. Ils procédèrent dans les jours qui suivirent à l'évaluation de leur contenu, laquelle impliquait, conformément aux *Customs Regulations* (19 C.F.R., § 143.0 (1986)), l'inventaire, la description détaillée et l'estimation de chaque pièce. Le 6 mars, les représentants de M. Marcos, Gregorio Araneta et Ramon Azurin, informèrent le service des douanes qu'ils entendaient introduire ces biens sur le territoire des États-Unis à titre d'« effets personnels ». Ils furent alors invités à remplir, à titre d'« attorneys-in-fact » de M. Marcos, un formulaire 7501 pour l'importation de marchandises (« Entry Summary »), ce qui fut fait par M. Araneta le 7 mars, et un formulaire 4790 pour l'importation de devises et de titres au porteur (« Report of International Transportation of Currency or Monetary Instruments »), ce qui fut fait par M. Azurin le 10 mars. Les formalités de douane semblaient terminées le 12 mars 1986 (E. B. ECHOLS, « United States Customs Service's Authority to Detain Property Claimed By Former Philippine President Marcos : *Azurin v. Von Raab*, 803 F.2d 993 (9th Circ. 1986) », 23 *Stanf. Journ. Int'l L.* 683 (1987), p. 683, note 5, et *Azurin v. United States*, 632 F. Supp. 30 (C.I.T. 1986), égal. rapp. dans 3 I.T.R. 438 (1986), ici 632 F. Supp., pp. 30-31).

<sup>421</sup> La demande de non dessaisissement, contenue dans une lettre adressée par la présidente Cory Aquino à l'ambassadeur des États-Unis aux Philippines, M. Stephen Bosworth, fut aussitôt transmise à l'administration des douanes (*Azurin v. Von Raab*, 803 F.2d 993 (9th Circ. 1986), égal. rapp. dans 3 I.T.R. 1365 (1986), ici 803 F.2d, pp. 994-995). Dans une seconde lettre, datée des environs du 13 mars, le gouvernement philippin fit officiellement connaître à l'ambassadeur Bosworth qu'il entendait revendiquer la propriété de ces avoirs (*ibid.*, p. 995).

<sup>422</sup> 632 F. Supp., p. 33, note 9.

<sup>423</sup> *Ibid.*, pp. 31 et 33; *Los Angeles Daily Journal*, 19 mars 1986, et, sur la transmission des documents saisis aux nouvelles autorités philippines, le paragraphe 11 de la déclaration faite le 15 mars 1986 devant la Cour de district de Hawaï par le sous-secrétaire d'État américain, M. M. Armacost, 25 I.L.M. 407 (1986), p. 409 *in fine*.

<sup>424</sup> Voy. le communiqué de presse du Département de la justice du 17 mars 1986, 25 I.L.M. 404 (1986), p. 405.

M. Marcos eût, par l'intermédiaire de ses représentants, régulièrement complété les déclarations de douane et se fût déclaré prêt à payer les droits — sans doute considérables — afférents aux bijoux, devises et autres avoirs importés, les services douaniers refusèrent de lui en restituer la possession <sup>425</sup> — sur les ordres, semble-t-il, de leur hiérarchie, conformément aux « assurances » que le gouvernement américain avait données au gouvernement philippin <sup>426</sup>.

## II. — LE MUTUAL LEGAL ASSISTANCE AGREEMENT

La collaboration ainsi offerte au gouvernement philippin demeura cependant largement informelle. Elle ne fit l'objet ni d'un *Executive Agreement* conclu entre les gouvernements américain et philippin, ni d'un *Executive Order* du président des États-Unis. Sans doute les deux gouvernements conclurent-ils le 15 mars 1986 un « Mutual Legal Assistance Agreement », sorte d'accord *ad hoc* portant, « [a]s part of the ongoing tradition of law enforcement cooperation between the two Governments », communication par celui-là à celui-ci des documents saisis par les douanes américaines <sup>427</sup>. Cet accord était cependant limité. Il n'entendait aucunement préjuger

<sup>425</sup> 632 F. Supp., 30-31.

<sup>426</sup> En refusant de restituer les avoirs saisis, les agents des douanes d'Honolulu se conformaient apparemment à l'ordre que leur avait adressé, sans en préciser le motif, l'administration centrale des douanes à Washington : le commissaire régional des douanes de Hawaï, M. Logan, affirma ultérieurement, devant la Cour de ce district, que, « under normal circumstances », les douaniers auraient restitué les avoirs saisis après l'achèvement des formalités et le paiement des droits de douane, et avoua ne pas savoir pourquoi, en l'espèce, ses supérieurs s'étaient opposés à cette restitution (*Azurin v. Von Raab*, 8 I.T.R.D. 1058 (D.Haw. 1986), égal. annoté dans 80 A.J.I.L. 961 (1986), ici 8 I.T.R.D., p. 1059). Que le gouvernement américain ait sur ce point donné des « assurances » au gouvernement philippin ressort de l'argumentation présentée, quelques temps plus tard, par les avocats du Département de la justice pour obtenir de la Cour d'appel du neuvième circuit un *emergency stay* suspendant l'exécution d'un jugement de la Cour de district qui avait ordonné la restitution des biens saisis aux représentants de M. Marcos : « [t]his detention of property was undertaken pursuant to a specific request from the highest officials in the Philippine Government that the property be detained until ownership was determined (...). In setting aside these actions by the Customs Service, the district Court has (...) rendered a decision which will call into question assurances made by our government to the Government of the Philippines » (cité par E. B. ECHOLS, *op. cit.* in 23 *Stanf. Journ. Int'l L.*, p. 691).

<sup>427</sup> L'accord, conclu par la voie d'un échange de lettres, est reproduit dans 25 I.L.M. 403 (1986). La note émanant du département d'État précise : « [i]t is understood that these documents will be used only for legitimate governmental purposes » (*id.*).

de la propriété des documents, ni des biens qui y étaient contenus ou mentionnés — précisant que « [b]oth Governments agree to cooperate further with respect to this issue, and future arrangements will be worked out by mutual agreement between our Governments ». Surtout, il n'était pas revêtu de la signature du président des États-Unis. Il s'apparentait donc davantage à un arrangement administratif qu'à un *Executive Agreement* susceptible, à l'instar du *Litvinov Agreement* ou des Accords d'Alger, de disposer, « in furtherance of foreign policy interests », des droits des particuliers <sup>428</sup>.

### III. — AZURIN V. UNITED STATES ET AZURIN V. VON RAAB

Il n'est pas étonnant dès lors que les agissements de l'administration des douanes américaine eussent été contestés, avec un relatif succès, par les représentants de M. Marcos. Le 13 mars 1986, ceux-ci portèrent leurs revendications simultanément devant la Cour de district de Hawaï <sup>429</sup> et devant la *Court of International Trade* siégeant à New-York <sup>430</sup>. Les actions avaient un double objet. Elles tendaient d'abord, sur la base du droit au respect de la vie privée garanti par la Constitution, à l'obtention d'un *temporary restraining order* interdisant aux douanes américaines de communiquer les documents saisis à la sous-commission des affaires asiatiques et pacifiques de la Chambre des représentants et/ou à la République des Philippines <sup>431</sup>. Elles cherchaient ensuite, sur la base de la législation douanière, du droit à la liberté individuelle, et de la *due process clause* garantis par la Constitution, à obtenir un *writ of mandamus* faisant obligation aux douanes américaines de restituer aux demandeurs les avoirs dont elles avaient conservé la détention <sup>432 — 433</sup>.

<sup>428</sup> 80 A.J.I.L., p. 963; E. B. ECHOLS, *op. cit.* in 23 *Stanf. Journ. Int'l L.*, p. 691, note 48.

<sup>429</sup> *Azurin v. Von Raab*, cité *supra*, note 426.

<sup>430</sup> *Azurin v. United States*, cité *supra*, 420.

<sup>431</sup> 632 F. Supp., p. 31.

<sup>432</sup> *Id.* Les *Customs Regulations* n'autorisaient selon les demandeurs pas les services des douanes à conserver la propriété des avoirs après l'accomplissement des formalités de d'inspection et de dédouanement (19 C.F.R., § 142.19(b) (1986)).

<sup>433</sup> C'est l'incertitude des demandeurs quant à la juridiction compétente en droit fédéral américain qui explique que les deux juridictions aient été simultanément saisies d'une action identique (632 F. Supp., p. 31). L'une et l'autre instances se sont poursuivies *en parallèle* : la *Court of International Trade*, d'abord, s'estima expressément compétente pour statuer sur la demande de *mandamus* (*id.*), et statua sur la demande de *temporary restraining order* sans vérifier au préalable sa compétence à cet égard (*ibid.*, p. 32,

Selon une tradition bien établie du droit procédural américain lorsqu'un procès présente des « foreign policy implications », le sous-secrétaire d'État aux affaires politiques, M. Michael Armacost — qui avait été, entre janvier 1982 et avril 1984, ambassadeur des États-Unis aux Philippines — intervint dans l'une et l'autre procédures pour exposer aux juridictions saisies le point de vue du gouvernement américain <sup>434</sup>. Le ferme soutien apporté à cette occasion aux revendications du nouveau gouvernement philippin <sup>435</sup> n'explique qu'en partie que l'une et l'autre demandes présentées par les représentants de M. Marcos aient en définitive été rejetées. Tout en soulignant le caractère « extraordinaire et unique » <sup>436</sup> du litige porté devant elles, les juridictions saisies se gardèrent en effet d'en aborder les aspects de politique étrangère, préférant borner leur examen à l'application de la législation douanière.

Le meilleur exemple en est fourni par la décision rendue le 17 mars 1986 par la *Court of International Trade*. Si celle-ci refusa d'accéder aux demandes des représentants de M. Marcos, c'était pour le motif principal que ceux-ci n'avaient pas interprété correctement la législation douanière applicable <sup>437</sup> et que, ne prétendant pas à la propriété des documents et avoirs saisis, ils n'étaient pas au bénéfice des libertés constitutionnelles que la Constitution conférait au propriétaire — en l'occurrence, M. Marcos lui-même, qui, pour des raisons de convenance, avait choisi de ne pas agir en

---

note 6); la Cour de district de Hawaï, ensuite, soulignant qu'elle disposait d'une compétence ordinaire pour connaître des demandes fondées sur le droit fédéral américain, alors que la *Court of International Trade* ne pouvait connaître que des demandes « aris[ing] out of customs or international trade laws » (28 U.S.C., § 1581(i)(1) et (4) (1982), cité dans 80 A.J.I.L., p. 962), se déclara compétente pour connaître de l'une et l'autre demandes présentées par les représentants de M. Marcos (80 A.J.I.L., p. 962).

<sup>434</sup> La « déclaration Armacost », datée du 15 mars 1986, est reproduite dans 25 I.L.M. 407 (1986), pp. 407 à 409, dans la version qui en fut présentée devant la Cour de district de Hawaï. Une version identique fut soumise à la *Court of International Trade*.

<sup>435</sup> Le sous-secrétaire d'État affirma que « United States relations with the Philippines are extremely important to the United States, and it is the policy of the United States to strengthen and broaden those relations » (*ibid.*, p. 407). Après avoir exposé les principaux liens économiques et militaires unissant les Philippines aux États-Unis (*ibid.*, pp. 407 et 408), puis les demandes présentées par le nouveau gouvernement philippin (*ibid.*, pp. 408 et 409), il ajouta : « I strongly believe that it is in the foreign policy interests of the U.S. Government to honor the Philippine Government's request and our commitment to fulfill it at the earliest possible time. I believe the Aquino Government will view our actions on this matter as an important indicator of the future course of our bilateral relations. I believe that the favorable development of these relations is vital to the foreign policy of the United States » (*ibid.*, p. 409).

<sup>436</sup> 803 F.2d, p. 997.

<sup>437</sup> 632 F. Supp., pp. 32-34.



personne <sup>438</sup>. Tout en concédant, à l'appui de l'argumentation des demandeurs, que « there may be circumstances in which the public interest requires that constitutional rights of individuals outweigh foreign policy concerns » <sup>439</sup>, la Cour choisit de ne pas examiner les arguments soumis par le gouvernement américain <sup>440</sup>.

La même défiance à l'égard des arguments de politique étrangère de l'administration se laisse percevoir dans les décisions de la Cour de district de Hawaï et, en appel, de la Cour du neuvième circuit.

Dès le 14 mars 1986, la Cour de district de Hawaï s'était montrée plus sensible que la *Court of International Trade* aux arguments présentés par les défenseurs de M. Marcos. Elle avait imposé, *ex parte*, un *temporary restraining order* interdisant, pour une durée de dix jours, la communication des documents en possession des douanes américaines. Sa décision était toutefois libellée en termes suffisamment larges pour autoriser la remise immédiate d'une copie des documents aux parties — la République des Philippines et la sous-commission pour les affaires asiatiques et pacifiques de la Chambre des représentants — qui en avaient fait la demande « (...) pursuant to lawful subpoena, other legal process compelling production, or pursuant to the laws or treaties of the United States » <sup>441</sup>. Aussi l'accord conclu le 15 mars entre les gouvernements philippin et américain put-il être exécuté le 18 mars, au lendemain de la décision rendue par la *Court of International Trade* : les documents, désormais connus sous le nom de « Marcos documents », furent remis à M. Jovito Salonga, alors président de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête, et communiqués

---

<sup>438</sup> *Ibid.*, spéc. pp. 34-35, et la note 14.

<sup>439</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>440</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

<sup>441</sup> *Azurin v. Von Raab*, Civ. No. 86-0189 (D.Haw. March 14, 1986), inédit, mais cité dans 632 F. Supp., p. 31. Il est possible que, par ce dernier membre de phrase, la Cour ait entendu faire référence à la Convention préventive de double imposition conclue le 1<sup>er</sup> octobre 1976 entre les États-Unis et les Philippines. L'article 26 (1) de ce traité dispose que les autorités compétentes des deux pays « shall exchange such information as is necessary for (...) the prevention of fraud or for the administration of statutory provisions concerning taxes (...) » (CONVENTION BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF THE PHILIPPINES WITH RESPECT TO DOUBLE TAXATION : TAXES ON INCOME, signed at Manila on Oct. 1, 1976, T.I.A.S. 10.417, et 34 U.S.T. 1277, ici, p. 1336). Cette disposition est également citée par la *Court of International Trade*, comme si elle justifiait l'accord de communication des documents signé le 15 mars 1986 entre les gouvernements américain et philippin (632 F. Supp., p. 33, note 9 *in fine*).

parallèlement à la sous-commission des affaires asiatiques et pacifiques de la Chambre des représentants <sup>442</sup>.

Les implications du litige en termes de politique étrangère des États-Unis revinrent au premier plan lors de l'examen ultérieur, par la Cour de district de Hawaï, de la demande de *mandamus* formée par les représentants de M. Marcos. L'administration des douanes alléguait notamment, à l'appui du rejet de la demande, la *judicial restraint* que les juridictions américaines observent en règle à l'égard des litiges qui intéressent la politique étrangère de l'État, que dirige seul et souverainement le pouvoir exécutif, et la *political question doctrine*, qui leur interdit de statuer lorsque leur prononcé « would upset the delicate balance of American foreign relations » <sup>443</sup>. L'un et l'autre arguments paraissaient s'inscrire dans la tradition bien établie qui voyait les juges américains s'abstenir d'imposer des injonctions aux fonctionnaires chargés de la conduite des relations extérieures du pays <sup>444</sup>. La Cour les écarta. Le premier, tiré de la *judicial restraint*, pour le motif que le président n'avait pas matérialisé dans un *Executive Agreement* ou un *Executive Order* l'orientation qu'il souhaitait donner à l'issue du litige : seul un acte de cette nature, souligna la Cour, et non un simple commandement de l'administration centrale des douanes, permettait à l'administration américaine, dans la conduite des relations étrangères du pays, de disposer des droits des particuliers <sup>445</sup>. Le second, tiré de la *political question doctrine*, pour la raison que le pouvoir exécutif n'avait pas encore arrêté de position définitive sur la détention des marchandises <sup>446</sup>. La Cour délivra en conséquence le *writ of mandamus* sollicité par les demandeurs, obligeant l'administration des douanes à remettre à ceux-ci les bijoux, devises et autres valeurs qu'elle détenait <sup>447</sup>.

---

<sup>442</sup> *Los Angeles Daily Journal*, 19 et 21 mars 1986.

<sup>443</sup> 80 A.J.I.L., p. 963.

<sup>444</sup> *Adams v. Vance*, 570 F.2d 950 (D.C. Circ. 1977). Cette décision est citée par E. B. ECHOLS, *op. cit.* in 23 *Stanf. Journ. Int'l L.*, p. 690, note 43.

<sup>445</sup> 80 A.J.I.L., p. 963.

<sup>446</sup> « [T]he executive branch simply has not taken any definite position with respect to the detention of this merchandise » (*id.*).

<sup>447</sup> L'annotateur de la décision à l'*American Journal of International Law* en retient pour l'essentiel la volonté affichée par le juge américain de limiter le pouvoir discrétionnaire dont les agents des douanes se prétendaient en l'espèce revêtus (80 A.J.I.L., pp. 963-964). Il est vrai que rencontrant les arguments tirés par la partie défenderesse de la législation douanière américaine, la Cour dénia aux services douaniers, en l'absence de mesure officielle d'enquête ou de saisie fondée sur la violation des lois des États-Unis, le pouvoir de conserver des biens dont la propriété était incertaine (*ibid.*, p. 962).

L'administration fit immédiatement appel, et, soulignant que les relations qu'elle entretenait avec le gouvernement philippin seraient gravement compromises par la restitution des avoirs saisis à M. Marcos, sollicita — et obtint — de la Cour du neuvième circuit un *emergency stay* suspendant, pendant le temps nécessaire à l'examen du recours, l'exécution de la décision de la Cour de district. L'on peut penser que l'intérêt public au maintien de relations privilégiées avec le gouvernement philippin joua un rôle décisif dans cette décision <sup>448</sup>. Sur le fond cependant, la Cour se garda à nouveau de tirer argument de celui-ci <sup>449</sup>. Bornant ses constatations aux seuls contours de l'office des douanes américaines, elle réforma la décision attaquée pour le motif que, les agents des douanes n'ayant pas « a clear ministerial duty to release the detained property despite the existence of conflicting claims of ownership », les conditions de la délivrance d'un *writ of mandamus* n'étaient en l'espèce pas réunies <sup>450</sup>.

\*  
\* \*

Si, en définitive, l'argent, les bijoux et les titres emportés dans leur fuite par M. Marcos, les membres de sa famille et de sa suite demeurèrent entre les mains des douanes américaines, jusqu'à ce que la propriété pût en être définitivement établie, le mérite n'en revenait pas tout à fait à l'administration américaine : celle-ci, comme l'a souligné la Cour de district de Hawaï, aurait pu intervenir avec plus de détermination sous la forme, retenue en d'autres circonstances, d'un *Executive Order* ou même, puisque le gouvernement philippin y semblait disposé, d'un *Executive Agreement* qui eût rendu plus incontestable la position de l'administration des douanes. Elle préféra s'en abstenir, obligeant les autorités philippines à porter devant le juge non seulement la question de la propriété des avoirs sur lesquels les services de douane avaient mis la main, mais aussi celle du blocage et de la restitution des autres avoirs que M. et M<sup>me</sup> Marcos possédaient sur le territoire des États-Unis, et, au-delà, partout dans le monde.

---

<sup>448</sup> *Azurin v. Von Raab*, 8 I.T.R.D. 1066 (9th Circ. 1986), égal. mentionnée dans 80 A.J.I.L., p. 961, note 1, et E. B. ECHOLS, *op. cit.* in 23 *Stanf. Journ. Int'l L.*, p. 685, avec la note 11.

<sup>449</sup> *Azurin v. Von Raab*, cité à la note 421 ci-dessus, avec les observations de E. B. ECHOLS, *op. cit.* in 23 *Stanf. Journ. Int'l L.*, pp. 690-692.

<sup>450</sup> 803 F.2d, pp. 996 à 998, ici p. 996.

## § 2. — La phase « judiciaire »

Sur le plan judiciaire, les tentatives du nouveau gouvernement philippin de récupérer les avoirs dont l'ancien président Marcos s'était indûment enrichi donnèrent lieu à un « torrent of litigation »<sup>451</sup> dont on peut penser qu'il coulerait toujours si, au début de la décennie 90, plusieurs « out-of-court deals » n'étaient venu y mettre une fin prématurée. L'exposé, déjà passablement entortillé, risque d'en être d'autant plus compliqué que les faits reprochés à l'ancien président philippin donnèrent aux États-Unis lieu, à côté des tentatives de récupération du nouveau gouvernement de son pays, à diverses instructions pénales ouvertes par les autorités américaines, et qui se révélèrent constituer pour celui-là des voies originales de récupération.

Quatre contentieux peuvent être distingués — les deux premiers tendant à la revendication d'avoirs déterminés, localisés sur le territoire des États-Unis; le troisième, plus ambitieux, ayant pour objet la totalité du patrimoine de l'ancien couple présidentiel, en quelque pays que celui-ci soit situé, et le dernier, dirigé contre une entreprise accusée d'avoir pris part à l'enrichissement illicite de l'ancien président<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> P. E. BASS, « Ex-Head of State... », *op. cit.* in 97 *Yale L. Journ.*, p. 305. Le *Los Angeles Daily Journal* prévoyait, dans son édition du 10 mars 1986, une « gigantic litigation », et parlait dix ans plus tard, dans celle du 29 janvier 1996, d'un « global onslaught of litigation ».

<sup>452</sup> Seules sont rapportées dans les lignes qui suivent les décisions rendues par les juridictions fédérales. Il y a lieu d'y ajouter une décision inédite, prononcée au mois de septembre 1986, par un juge du New Jersey, condamnant par défaut l'une des filles de l'ancien président, Imee Marcos-Manotoc, à restituer à la République des Philippines une *mansion* d'un million de dollars et un compte bancaire garni de quelque quatre cent quatre-vingt milles dollars qu'elle possédait dans cet État (*New York Times*, 13 sept. 1986), ainsi qu'une décision, inédite elle aussi, prononcée en mai 1986 par un juge texan, prononçant la restitution au gouvernement philippin de plusieurs milliers d'acres de terres inexploitées (*Los Angeles Daily Journal*, 23 févr. 1987).

A.— REPUBLIC OF THE PHILIPPINES BY THE CENTRAL BANK  
OF THE PHILIPPINES V. FERDINAND E. MARCOS

La phase « judiciaire » débuta assez naturellement, en une manière de prolongement des résultats obtenus dans la phase « administrative », par une action en revendication de l'or, des bijoux, des titres et des devises que M. et M<sup>me</sup> Marcos et leur suite avaient emportés lors de leur départ du palais présidentiel de Manille — action qui fut soumise à la Cour de district de Hawaï <sup>453</sup>.

L'action, introduite par la Banque nationale des Philippines, était fondée tout à la fois sur le vol et le détournement (*theft and conversion*) et sur la violation par les défendeurs des lois de contrôle des changes philippines. Sur ce dernier point, la cour s'estima incompétente pour connaître du litige. Elle excipa d'une « long-standing rule that the courts of the United States will not enforce the revenue or penal laws of a foreign country » <sup>454</sup>. Le motif n'était pas sans rappeler l'avis de droit de la Division fédérale suisse de la justice évoqué plus haut à propos de l'ancien shah d'Iran, selon lequel les prétentions d'un État étranger fondées sur des dispositions de son droit public étaient irrecevables et non susceptibles d'exécution forcée en Suisse <sup>455</sup>. En l'espèce cependant, il n'eut qu'une importance limitée — car il n'était évoqué qu'à l'occasion de la vérification par la Cour de sa compétence matérielle (*subject matter jurisdiction*) au regard de celle des juridictions fédérées. Or cette compétence avait un autre fondement : la section 2463 du titre 28, U.S.C., qui réservait aux juridictions fédérales la compétence de statuer sur les avoirs détenus par l'administration fiscale — ce qui était bien le cas des avoirs saisis en douane.

Pour le surplus, la Cour n'hésita pas à se reconnaître compétente pour connaître du litige. Elle rejeta d'abord le moyen que les défendeurs entendaient tirer de l'immunité

---

<sup>453</sup> Voy. le communiqué de presse du Département de la Justice, daté du 17 mars 1986, 25 I.L.M., p. 404. Il semble qu'une action identique ait été introduite devant la Cour du district septentrional de Californie, avant d'être jointe à la procédure pendante devant la Cour de Hawaï (*Republic of the Philippines by the Central Bank of the Philippines v. Ferdinand E. Marcos et al.*, Civ. No. 86-0155 (D.Haw. Jul. 18, 1986)).

<sup>454</sup> Civ. No. 86-0155 (D.Haw. Jul. 18, 1986), p. 4.

<sup>455</sup> *Supra*, note 91.

de juridiction revenant à M. Marcos en sa qualité de président ou d'ancien président de la République des Philippines. Il lui suffit à cette fin de constater, sur le premier point, que le gouvernement américain avait accordé sa reconnaissance au gouvernement de Madame Aquino, de sorte que M. Marcos était privé de la qualité de chef d'État dont il se prétendait revêtu, et, sur le second, que le département d'État ne lui avait adressé aucune *suggestion of immunity*, alors que « [head of State immunity] is a privilege which to date has been accorded only by the executive branch in furtherance of its sovereign authority over foreign affairs » <sup>456</sup>.

La Cour rejeta ensuite le moyen que les défendeurs tiraient de la théorie de l'*Act of State* qui en droit fédéral américain interdit aux juges de « sit in judgment » sur la légalité des actes accomplis par un souverain étranger, ou l'un de ses agents, dans les limites de son propre territoire. La Cour se borna à cet égard à se référer, à titre de précédent décisif, à un arrêt déjà ancien de la Cour du cinquième circuit, qui, appelée à se prononcer sur l'extradition au Venezuela d'un ancien président de ce pays accusé de détournement de fonds, avait considéré que des actes de cette nature, ayant été accomplis « for the private financial benefit » de l'intéressé, étaient « as far from being an Act of State as rape » <sup>457</sup>. Tel était aussi le cas des actes de vol et de détournement pour lesquels M. Marcos et les membres de sa suite étaient assignés, dont nul ne pouvait sérieusement mettre en doute qu'ils n'étaient pas accomplis « in his official capacity, but [...] for his private financial benefit » <sup>458</sup>.

La Cour ne prêta guère d'attention au troisième moyen, déduit du *forum non conveniens* : M. Marcos n'avait à ce jour pas porté ses réclamations devant les tribunaux philippins, comme il s'était déclaré disposé à le faire, et, à ce jour également, la Cour n'avait pas rencontré « specifically » les difficultés de preuve évoquées par lui « in very general terms », si le litige devait se poursuivre devant un for américain <sup>459</sup>.

<sup>456</sup> Civ. No. 86-0155 (D.Haw. Jul. 18, 1986), p. 6.

<sup>457</sup> *Jimenez v. Aristeguieta*, 311 F.2d 547 (5th Circ. 1962), égal. publ. par extraits dans 33 I.L.R. 353, *cert. den. sub nom. Jimenez v. Hixon*, 373 U.S. 914, 83 S.Ct. 1302, et 10 L.Ed.2d 415 (1963), *reh. den.*, 374 U.S. 858, 83 S.Ct. 1867, et 10 L.Ed.2d 1083 (1963), ici 311 F.2d, p. 558.

<sup>458</sup> Civ. No. 86-0155 (D.Haw. Jul. 18, 1986), p. 7.

<sup>459</sup> *Id.*

Enfin, la Cour fit remarquer que M. et M<sup>me</sup> Marcos se trouvaient à Hawaï depuis plus de quatre mois et que le litige était relatif à des biens dont ils revendiquaient la propriété et qu'ils avaient tenté d'y importer pour conclure que l'acceptation de sa « personal jurisdiction » n'était en l'espèce pas de nature à « offenser » les notions de « justice and fair play » et les « due process requirements » auxquelles est traditionnellement suspendue l'acceptation par les juges américains de leur compétence internationale <sup>460</sup>.

La Cour s'apprêtait donc à examiner le litige au fond lorsque, semble-t-il, la banque demanderesse s'en désista, au lendemain de l'introduction, devant la Cour du district central de Californie, d'une action plus ambitieuse, ayant pour objet l'octroi d'une *preliminary injunction* sur le patrimoine de M. et M<sup>me</sup> Marcos en quelque pays qu'il se trouve, et le versement par eux de quelque 50 milliards de dollars de dommages et intérêts <sup>461</sup>.

## B. — *REPUBLIC OF THE PHILIPPINES V. MARCOS* (No. 1)

### I. — LA DEMANDE

Les documents abandonnés par M. et M<sup>me</sup> Marcos dans le palais de Malacanang le 25 février 1986 avaient entre-temps mis les enquêteurs de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête sur la trace de cinq propriétés immobilières sises à Manhattan et à Long Island, que les Marcos avaient prétendument acquises au moyen de fonds détournés de la Banque Nationale des Philippines, et qu'ils détenaient par l'intermédiaire de sociétés-écran panaméennes, des Îles Vierges britanniques et des

---

<sup>460</sup> *Id.*, p. 8.

<sup>461</sup> *Infra*, notes 571 et s.

Antilles néerlandaises, dont ils étaient les *beneficial owners* <sup>462</sup>. Le 2 mars, les Philippines saisirent la Cour suprême de l'État de New-York d'une action en revendication de ces immeubles <sup>463</sup>. Selon une figure juridique classique de la *common law*, l'action tendait à l'imposition d'un *constructive trust* ou, à défaut, d'un *equitable lien* permettant aux Philippines de recouvrer la disposition des avoirs revendiqués <sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> Les quatre premiers immeubles, à usage de commerces et de bureaux, étaient situés à Manhattan. Le premier était l'*Herald Center*, anciennement dénommé *Korvette Building*, situé à l'angle de la 34<sup>e</sup> Rue et de Sixth Avenue. Il avait été acquis en février 1981 par une société des Îles Vierges britanniques dénommée Voloby, Ltd. et à l'époque du procès Herald Center, Ltd, dont les actions appartenaient à trois sociétés panaméennes, Bedner Development Corp., Compral Investment, S.A. et Diket Finance Investment Corp. Les actions de ces trois dernières sociétés étaient au porteur. Le second immeuble était le *Crown Building*, anciennement dénommé *Genesco Building*, situé au n° 730 de Fifth Avenue, à l'angle formé par cette avenue et la 57<sup>e</sup> Rue. Il avait été acquis en septembre 1981 par une société des Antilles néerlandaises appelée Lastura Corporation, N.V. et à l'époque du procès Canadian Land Company of America, N.V. Les actions de cette société étaient aux mains de deux sociétés panaméennes, Trade and Commodities, S.A. et Yewell Compagnia Immobiliara, dont, à nouveau, les actions étaient au porteur. Le troisième immeuble, le 40, Wall Street, avait été acquis en décembre 1982 par une société des Antilles néerlandaises appelées Nyland (CF8), Ltd. (anciennement Ainesville, N.V.). Les actions de cette société appartenaient elles aussi à trois sociétés panaméennes, Beneficio Investment Incorporated, Bueno Total Investment Incorporated, et Excelencia Investment Incorporated, dont les actions étaient au porteur. Le quatrième immeuble de Manhattan, enfin, était le 200, Madison Avenue, à l'angle sud-ouest de cette avenue et de la 36<sup>e</sup> Rue. Il avait été acquis à la fin de 1983 par une société des Antilles néerlandaises, Glockhurst Corporation, N.V., dont les actions avaient apparemment été transférées aux trois sociétés panaméennes qui détenaient déjà les titres de Herald Center, Ltd. Les Marcos disposaient ainsi, selon l'expression utilisée par la dame de confiance de M<sup>me</sup> Marcos, Gliceria Tantoco, lors de l'achat de ce dernier immeuble, d'un « balanced portfolio in the four corners of town ». Ces propos furent rapportés, tant devant la Cour du district méridional de New-york que devant Commission Solarz, par l'un des deux avocats new-yorkais qui avaient servi de courtiers dans l'acquisition de l'*Herald Center*, du *Crown Building* et du 40, Wall Street, M. Joseph Bernstein. Ils sont reproduits dans *Republic of the Philippine v. Marcos*, cité *supra*, note 67, ici, 806 F.2d, p. 351. Le cinquième immeuble était une *mansion* située à Brookhaven, Center Moriches dans le comté de Suffolk, sur Long Island, dénommée *Lindenmere Estate*, dans laquelle M<sup>me</sup> Marcos avait l'habitude de recevoir des amis. Elle avait été acquise en février 1981 par une société qui représentait des « intérêts philippins », la Luna 7 Development Corporation. Celle-ci l'avait ensuite transmise à une société des Antilles néerlandaises, Ancor Holdings, N.V., dont le directeur et *beneficial owner* avoué était un homme d'affaires philippin, *crony* bien connu de M. Marcos, Antonio O Floirendo. Ces précisions sont issues du témoignage de M. Bernstein, rapporté dans *New York Land Company v. Republic of Philippines*, 634 F. Supp. 279 (S.D.N.Y. 1986), pp. 281 à 287, et la décision d'appel, 806 F.2d, pp. 347 à 352. Une liste des immeubles de Manhattan figure encore dans *Republic of Philippines v. New York Land Co.*, 852 F.2d 33 (2d Circ. 1988), p. 34, note 1. Arguant notamment du *privilege against self-incrimination* garanti par le cinquième amendement de la Constitution nord-américaine (voy. *Republic of the Philippines v. Marcos*, 653 F. Supp. 494 (S.D.N.Y. 1987), p. 497), M. Bernstein déclina par la suite de témoigner devant la Cour (634 F. Supp., p. 287).

<sup>463</sup> Une demande similaire, également de nature civile, fut portée aux Philippines devant la troisième chambre du *Sandiganbayan* (*Republic of the Philippines v. Marcos*, 888 F.2d 954 (2d Circ. 1989), p. 957).

<sup>464</sup> Je ne dispose pas de la décision qui fut rendue en cette cause par la Cour suprême de l'État de New-york. Les renseignements ici communiqués apparaissent à la lecture de *New York Land Company v. Republic of Philippines* et, en degré d'appel, *Republic of the Philippine v. Marcos*, citées l'une et l'autre à la note précédente.



Les défendeurs étaient au nombre de treize. L'on y trouvait pêle-mêle M. et M<sup>me</sup> Marcos, trois de leurs principaux associés et collaborateurs <sup>465</sup>, Joseph et Ralph Bernstein — deux avocats new-yorkais qui avaient servi de courtiers dans l'acquisition de l'*Herald Center*, du *Crown Building* et du 40, Wall Street —, la société qui, appartenant aux frères Bernstein, avait en charge la gestion de ces immeubles, et, *last but not least*, les cinq sociétés à qui les immeubles revendiqués appartenaient nominalement.

Le litige, immédiatement renvoyé à la Cour du district méridional de New-York pour le motif qu'intéressant la politique étrangère des États-Unis, il soulevait des questions de droit fédéral <sup>466</sup>, se déroula entièrement en l'absence de M. et de M<sup>me</sup> Marcos et de leurs associés et collaborateurs, qui firent défaut <sup>467</sup>.

## II. — L'OCTROI D'UNE PRELIMINARY INJUNCTION

Il se cristallisa d'abord sur l'octroi, à la demande des Philippines, d'une *preliminary injunction* <sup>468</sup> faisant interdiction aux sociétés défenderesses « and [to] any person acting

<sup>465</sup> Il s'agissait de Gliceria Tantoco, avec laquelle Joseph Bernstein avait déclaré avoir été en relation pour l'acquisition de l'*Herald Center*, du *Crown Building* et du 40, Wall Street; de Vilma Bautista, ancienne employée du consulat des Philippines à New-york et de la mission des Philippines auprès des Nations unies, qui servait de secrétaire particulière de M<sup>me</sup> Marcos à New-york; et d'Antonio Florendo, principal associé et *beneficial owner* déclaré d'Ancor Holdings, N.V. (806 F.2d, pp. 347-348).

<sup>466</sup> 634 F. Supp., pp. 280-281, et *Republic of the Philippines v. Marcos*, Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 1. La République des Philippines, initialement opposée à ce renvoi, finit par y acquiescer (*ibid.*, p. 2).

<sup>467</sup> Voy. 634 F. Supp., p. 281; Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 2; *Republic of Philippines v. Marcos*, 640 F. Supp. 737 (S.D.N.Y. 1986), égal. publ. dans 5 Fed. R. Serv. 3d (Callaghan) 621, ici 640 F. Supp., p. 738, et 806 F.2d, p. 347.

<sup>468</sup> La Cour suprême de l'État de New-york avait, dès l'introduction de la demande, imposé un *temporary restraining order* interdisant l'aliénation ou l'affectation hypothécaire des immeubles litigieux (634 F. Supp., pp. 280-281; Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 1, et *United States of America v. Adnan Khashoggi*, Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. March 13, 1990), p. 3). Après le renvoi du litige à la Cour de district, les sociétés défenderesses s'opposèrent à la prolongation de cet *order*, et retirèrent leur collaboration à la récolte des preuves (634 F. Supp., pp. 281 et 287-288, et Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), pp. 1-2), ce qui conduisit la Cour à suspendre l'*expedited discovery* et à examiner immédiatement l'opportunité d'une *preliminary injunction*.

in concert with them » d'aliéner, d'engager ou d'affecter en hypothèque les immeubles litigieux « or any other assets held by or for the benefit of the Marcoses » <sup>469</sup>.

C'est à cette occasion que furent discutés les arguments, tous liés à l'appréciation de la compétence judiciaire, que les sociétés défenderesses invoquaient à titre de moyens de défense.

a) Le caractère confiscatoire de l'*Executive Order No. 2*

Les défenderesses prétendaient d'abord tirer argument du caractère confiscatoire de l'*Executive Order No. 2* qui fondait la demande des autorités philippines — caractère qui devait en justifier le rejet, conformément à la décision rendue, près de vingt années auparavant, par la Cour du deuxième circuit dans l'affaire de l'ancien Roi Fayçal <sup>470</sup>.

La Cour de district admit la qualification que les sociétés défenderesses donnaient à la demande : l'action avait bel et bien pour objet la reconnaissance et l'exécution, sur le territoire des États-Unis, d'un décret confisquant les avoirs de M. Marcos — en l'espèce, l'*Executive Order No. 2* par lequel la présidente Aquino avait autorisé la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête à s'adresser aux États étrangers pour obtenir le « gel » des avoirs de M. Marcos, de ses parents et de ses associés, puis, ultérieurement, l'éventuel décret ou jugement philippins portant confiscation définitive de ces avoirs <sup>471</sup>. Pareille qualification n'était toutefois donnée à la demande, par la Cour de district, que pour les besoins de l'établissement de sa compétence matérielle au regard de celle des juridictions fédérées : la Cour du deuxième circuit avait jugé dans *Republic of Iraq* qu'un décret de confiscation, étant l'archétype d'un *Act of State*, soulevait nécessairement une question de droit fédéral et

<sup>469</sup> Ces termes apparaissent dans Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. March 13, 1990), p. 25.

<sup>470</sup> *Supra*, note 61.

<sup>471</sup> Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 3; 640 F. Supp., pp. 738 et 739.

justifiait dès lors, conformément à la « arising under clause » contenue dans la section 1331 du titre 28, U.S.C., la compétence des juridictions fédérales <sup>472</sup>.

Mais du même coup, la Cour se plaçait dans une situation relativement délicate au regard du *dictum* de la Cour du deuxième circuit qui, dans *Republic of Iraq*, avait jugé la confiscation des biens d'un individu contraire à l'ordre public américain, et « shocking to [the american] sense of justice (...), even if he wears a crown » <sup>473</sup>. La Cour fit à cette fin une relecture assez inattendue de la décision : le deuxième circuit n'avait pas entendu y exclure, *a priori*, que les décrets étrangers de confiscation puissent recevoir exécution sur le territoire des États-Unis; il avait simplement précisé que pareille exécution ne pouvait avoir lieu que si pareil décret était conforme aux « policies and laws » des États-Unis — ce qu'en l'espèce il n'était pas <sup>474</sup>. Or pour l'heure, souligna la Cour, rien de contraire à l'ordre public américain ne pouvait être reproché au gouvernement philippin : « (...) the confiscatory act of the Philippine State has not yet occurred, and indeed might not (...) » <sup>475</sup>, et pour cette raison, « [d]efendants' proposition that the *Republic of Iraq* case requires dismissal of the instant action is at best premature » <sup>476</sup>.

La Cour du deuxième circuit n'eut en appel pas à recourir à pareille contorsion. Elle refusa la qualification que les sociétés défenderesses donnaient à la demande : « (...) the decrees in question in this case are not in and of themselves confiscation decrees » <sup>477</sup>. L'action introduite par la République des Philippines, décida-t-elle en un passage déjà cité, ne tendait pas à la reconnaissance ni à l'exécution d'un décret de

<sup>472</sup> Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 2.

<sup>473</sup> *Supra*, note 61.

<sup>474</sup> Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), p. 5.

<sup>475</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>476</sup> 634 F. Supp., p. 289. « If the Philippines Government proceeds expeditiously in accordance with its states objectives, the question will arise at the appropriate time whether its decrees or [j]udgments are consistent with United States law and policy », mais, ajoutait la Cour, « (...) [this] is a question for another day » (Civ. No. 86-2294 (S.D.N.Y. June 26, 1986), pp. 5-6). Voy. encore 640 F. Supp., p. 739 : « [a]s to *Iraq*, it is premature for defendant to contend it commands dismissal of the action ».

<sup>477</sup> 806 F.2d, p. 360. La confiscation, on le rappelle, était limitée aux biens se trouvant sur le territoire de l'État philippin. En ce qui concerne les biens se trouvant sur le territoire d'États étrangers, l'*Executive Order* autorisait tout au plus la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête à s'adresser aux gouvernements étrangers pour obtenir leur « collaboration » dans le gel des avoirs (*supra*, note 207). L'*Order* avait du reste été promulgué après l'introduction de la demande — mais avant le renvoi du litige devant la Cour de district (806 F.2d, p. 347).

confiscation, mais à la restitution d'une propriété acquise au moyen de fonds détournés <sup>478</sup>.

Les juridictions fédérales n'étaient pas pour autant sans compétence pour en connaître : la décision rendue dans *Republic of Iraq* n'était en effet, jugea la Cour, que la manifestation d'une règle plus générale, qui conférait aux juridictions fédérales la compétence de connaître des litiges pouvant intéresser la politique étrangère des États-Unis <sup>479</sup>. Tel était le cas d'une action introduite par un État pour récupérer des avoirs que lui avait prétendument soustraits son ancien dirigeant <sup>480</sup> — spécialement lorsque, comme en l'espèce, cet État avait, dans un acte officiel, appelé les gouvernements étrangers à lui prêter à cette fin leur « collaboration » <sup>481</sup>.

- b) L'*Act of State*, la *political question doctrine*, l'immunité de juridiction et le *forum non conveniens*

À l'instar de M. et M<sup>me</sup> Marcos dans l'action relative aux avoirs saisis par les douanes d'Hawaï, les sociétés défenderesses entendaient ensuite se prévaloir du quadruple moyen de l'*Act of State*, de la *political question doctrine*, de l'immunité de

---

<sup>478</sup> Lors de l'examen de sa compétence : « [o]n the face of the complaint (...), the plaintiff brought this case under a theory more nearly akin to a state cause of action for conversion, requiring the imposition of a constructive trust or equitable lien upon the « ill-gotten » gains » (*ibid.*, p. 354), et plus loin : « (...) [t]he decrees in question in this case are not in and of themselves confiscation decrees (...) they do not purport to seize the United States properties of the Marcoses, nor does The Republic seeks to enforce these orders as the basis for a recovery, even though they were accompanied by adequate evidence to warrant the issuance of a preliminary injunction against the transfer of the properties. (...) The complaint seeks recovery of the property illegally taken by a former head of state, not confiscation of property legally owned by him » (*ibid.*, p. 360).

<sup>479</sup> *Ibid.*, pp. 352-354.

<sup>480</sup> « [A]n action brought by a foreign government against its former head of state arises under federal common law because of the necessary implications of such an action for United States foreign relations » (*ibid.*, p. 354).

<sup>481</sup> « The question whether to honor such a request by a foreign government is itself a federal question to be decided with uniformity as a matter of federal law, and not separately in each state (...) » (*id.*).

juridiction et du *forum non conveniens* qui tous à leur estime devaient conduire les juridictions saisies à se déclarer incompétentes pour connaître du litige.

Le moyen déduit de l'*Act of State* trouvait appui dans trois décisions déjà anciennes, mais apparemment demeurées isolées, dans lesquelles la Cour du deuxième circuit avait dénié au gouvernement espagnol, au lendemain de la victoire de Franco, le droit de contester les actes — le transport et la vente d'importantes cargaisons d'argent — accomplis un an auparavant par les agents du gouvernement républicain, pour le motif que ceux-ci, même illégaux au regard du droit espagnol, étaient des *acts of state* <sup>482</sup>.

La Cour de district rejeta l'argument, pour le motif qu'aucune indication ne lui avait été fournie, ni par le département d'État, ni même par les sociétés défenderesses, laissant présager que l'examen de la demande heurterait la conduite de la politique étrangère des États-Unis <sup>483</sup>. Elle leva en outre le voile sur trois éléments plaidant pour le rejet du moyen — éléments qui furent repris et développés par la Cour du deuxième circuit, non sans que le département d'État eût fait savoir à celle-ci, par la voie d'un *Statement of Interest*, qu'il ne craignait aucun « embarrassment if the courts of this country were to take jurisdiction of this and other disputes between The Republic and ex-President Marcos », et que « (...) with respect to the Act of State doctrine the burden is on the party asserting the applicability of the doctrine [and] (...) defendants have to date not discharged their burden (...) » <sup>484</sup>.

Le premier élément est emprunté au *dictum* de la Cour du cinquième circuit dans l'affaire déjà citée de l'ancien président Jimenez : la théorie de l'*Act of State* ne s'opposait pas, en règle générale, au jugement d'actes de détournements commis par des fonctionnaires étranger, « that do not purport to be done in the name of the foreign

<sup>482</sup> *Banco de España v. Federal Reserve Bank*, 114 F.2d 438 (2d Circ. 1940). La décision est également publiée dans *Ann. Dig.*, 1938-1940, n° 6.

<sup>483</sup> 634 F. Supp., p. 289. La Cour fit en outre remarquer qu'en l'espèce, il ne lui était pas demandé, comme dans *Banco de España*, de se prononcer sur la légalité des agissements de M. Marcos, mais à l'inverse « to give effect to Philippine governmental decrees affecting the Marcos's assets » (*id.*).

<sup>484</sup> 806 F.2d, pp. 356-357. La Cour tira également argument de la déclaration présentée devant la *Court of International Trade* et la Cour de district de Hawaï par le sous-secrétaire d'État aux affaires politiques, M. Armacost (*ibid.*, p. 357, note 3, qui reproduit de larges extraits de la déclaration).

sovereign »<sup>485</sup>. Sur ce point, la Cour d'appel se montra plus réservée : suivant les indications du département d'État, elle se borna à souligner que cette théorie ne protégeait que les actes accomplis par un souverain étranger dans l'exercice de sa capacité officielle, et qu'à ce stade les sociétés défenderesses n'avaient pas rapporté la preuve que les agissements reprochés à M. Marcos pouvaient être considérés tels — la question de la distinction entre actes accomplis « dans l'exercice des fonctions officielles » ou « pour le bénéfice privé » de l'ancien dirigeant se trouvant ainsi reportée sur le plan de la charge de la preuve<sup>486</sup>.

Le deuxième élément était directement déduit de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, dans lequel la Cour avait affirmé que « [t]he balance of relevant considerations » nécessaire à l'appréciation de l'*Act of State* « may (...) be shifted if the government which perpetrated the challenged Act of State is no longer in existence (...), for the political interest of this country may, as a result, be measurably altered »<sup>487</sup>. Cet argument emporta la conviction de la Cour du deuxième circuit, qui considéra que « (...) before the doctrine is applied even to Marcos's public acts, the court must weigh in balance the foreign policy interests that favor or disfavor application of the Act of State doctrine »<sup>488</sup>. La Cour ne se borna pas du reste à constater que M. Marcos avait quitté le pouvoir. Elle releva tout aussitôt que c'était le gouvernement étranger lui-même qui se prévalait de l'illégalité des actes de son ancien dirigeant, ce qui devait rendre « the justification for application of the doctrine (...) significantly weaker »<sup>489</sup>. Il y avait là une troisième élément, que la Cour de district avait déjà aperçu<sup>490</sup>.

Le moyen tiré de la *political question doctrine*, qui ne fut articulé qu'en degré d'appel, était assez proche de celui tiré de la théorie de l'*Act of State*. Les sociétés défenderesses

---

<sup>485</sup> 634 F. Supp., p. 289.

<sup>486</sup> 806 F.2d, p. 359.

<sup>487</sup> 376 U.S. 398, 84 S.Ct. 923, et 11 L.Ed.2d 804 (1964), égal. publ. dans 35 I.L.R. 2, et rapp. dans 58 A.J.I.L. 779 (1964), ici 376 U.S., p. 428. Voy. not. FALK, « The Complexity of *Sabbatino* », 58 A.J.I.L. 935 (1964), pp. 942-943.

<sup>488</sup> 806 F.2d, p. 359.

<sup>489</sup> *Id.*

<sup>490</sup> La Cour avait relevé qu'en cette espèce, contrairement aux affaires où était habituellement invoquée, avec succès, la théorie de l'*Act of State*, c'était l'État étranger lui-même qui agissait, et qu'il ne prétendait nullement que les actes attaqués fussent valides (634 F. Supp., p. 289).

y soutenaient que la cause soumise au juge était « non justiciable » parce que « its determination involves unmanageable standards and because it potentially could cause embarrassment to the executive in its conduct of foreign affairs »<sup>491</sup>. Sur ce dernier point, il suffit à la Cour de se référer aux termes du *Statement of Interests* que lui avait soumis le département d'État, aux termes duquel les États-Unis ne voyaient pas d'inconvénient à l'examen de ce litige et d'autres, liés, pendants entre la République des Philippines et son ancien président : « (...) this position », jugea-t-elle, « carries with it the proposition that the United States does not consider this suit to be an improper intrusion on its management of foreign affairs »<sup>492</sup>. Sur le premier, elle jugea, comme l'avait fait le *Special Term* dans les actions dirigées contre l'ancien shah d'Iran<sup>493</sup>, que « there [was] nothing more unmanageable about this case than about any other case involving theft, misappropriation, corporate veils, and constructive trusts »<sup>494</sup>.

La Cour de district fit un sort rapide à l'argument que les sociétés défenderesses tiraient de l'immunité de juridiction. Il lui suffit de constater que M. Marcos faisait défaut, et que les sociétés défenderesses n'avaient pas qualité pour soulever l'argument en son nom<sup>495</sup> — ce que confirmèrent, en degré d'appel, tant le département d'État dans son *Statement of Interest*<sup>496</sup> que la Cour elle-même<sup>497</sup>. Celle-ci laissa de plus entrevoir le sort qui, au fond, pouvait être réservé à l'argument : il n'était pas certain, jugea-t-elle, que l'immunité s'étende aux actes privés accomplis par un ancien chef

---

<sup>491</sup> 806 F.2d, p. 356.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p. 357.

<sup>493</sup> *Supra*, notes 133 et s.

<sup>494</sup> 806 F.2d, p. 356. La « déclaration Armacost » ne pouvait que renforcer cette conclusion (*ibid.*, p. 357, note 3).

<sup>495</sup> 634 F. Supp., p. 290.

<sup>496</sup> 806 F.2d, p. 357.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 360.

d'État <sup>498</sup>, et que celui-ci puisse l'opposer à l'État même qu'il avait dirigé <sup>499</sup>. Le parallèle établi avec la théorie de l'*Act of State* était évident <sup>500</sup>.

Le rejet du moyen que les sociétés défenderesses, manifestement inspirées par les décisions rendues par les juridictions new-yorkaises en la cause Pahlavi <sup>501</sup>, déduisaient de la théorie du *forum non conveniens* apparut lui aussi relativement aisé. Bien qu'elle n'eût pas manqué de relever qu'en l'espèce, « (...) the action focuses on New York properties and plaintiff's application for a New York receiver », et que « [n]umerous pertinent financial documents are in New York » <sup>502</sup>, la Cour de district écarta principalement le parallèle fait par les sociétés défenderesses pour le motif, somme toute étonnant, que l'invocation de la théorie du *forum non conveniens* apparaissait, à ce stade, prématurée <sup>503</sup>. La Cour d'appel fut plus prompte à aborder le fondement même de l'argument. Elle souligna qu'en l'espèce, elle n'était pas appelée, comme les juridictions new-yorkaises dans le cas de l'ancien shah, à faire le procès du gouvernement de M. Marcos, mais à statuer sur « the ownership of specific property in this state and only such property » <sup>504</sup> — ce qui, doublé de la circonstance que les défenderesses n'avaient en l'espèce prouvé l'existence d'aucun « alternative forum (...) available and adequate to provide appropriate remedies in respect to this property » <sup>505</sup>, suffisait à écarter le moyen.

---

<sup>498</sup> « (...) we are not at all certain that the immunity of a foreign state, though it extends to its head of state (...), goes so far as to render a former head of state immune as regards his private acts (...) » (*id.*).

<sup>499</sup> « The rationale underlying sovereign immunity — avoiding embarrassment to our government and showing respect for a foreign state — may well be absent when the individual is no longer head of state and the current government is suing him » (*id.*). La Cour souligna également qu'en toute hypothèse, M. Marcos ne pouvait se prévaloir d'aucune immunité pour les actes qu'il avait accomplis dans le cadre d'une « commercial activity » (*id.*).

<sup>500</sup> Ce parallèle était déjà apparu dans la décision rendue par la Cour du cinquième circuit à l'égard de l'ancien président Jimenez (311 F.2d, p. 558).

<sup>501</sup> *Supra*, notes 143 et s.

<sup>502</sup> 634 F. Supp., p. 289.

<sup>503</sup> *Id.* Poursuivant en outre sa méprise sur l'objet de la demande présentée par la République des Philippines, elle s'attacha à distinguer le litige porté devant elle de l'action qu'avait introduite, en son temps, la République islamique d'Iran, en notant qu'en l'espèce, il lui était demandé, non de juger les agissements de l'ancien dirigeant, mais de procurer exécution à un décret de confiscation des propriétés du défendeur : « (...) this lawsuit, unlike *Pahlavi* (*sic*), (...) seeks only the enforcement of Philippine decrees — an existing Philippine decree freezing various assets and asking foreign governments to cooperate in entering such freeze, and a future decree of confiscation » (640 F. Supp., p. 738). Voy. de même le *dictum* de la Cour d'appel, synthétisant l'appréciation du premier juge : « [t]his action is merely ancillary to an eventual Philippine decree or judgment and was brought in the Southern District only because the real estate is located here » (806 F.2d, p. 361).

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 361.

<sup>505</sup> *Id.*



\*  
\* \*

La Cour de district et, en appel, la Cour du deuxième circuit n'eurent plus qu'à prendre acte de la « probability of success on the merits » de la demande, de la crainte, dans le chef de la demanderesse, d'un préjudice grave et irréparable, et de la circonstance que la « balance of hardship » penchait en sa faveur, pour prononcer la *preliminary injunction* sollicitée <sup>506</sup>.

### III. — LA SUITE DE LA PROCÉDURE

L'imposition de l'*injunction* semble avoir eu l'effet de pression escompté par la République des Philippines. Elle permit, par acquiescement à la demande, le retour immédiat à celle-ci du *Lindenmere Estate* <sup>507</sup>, et précipita la conclusion d'une transaction sur le sort des quatre immeubles de Manhattan. La solution du litige, en ce qui concerne ces derniers, fut compliquée cependant par l'introduction d'un ensemble de contentieux connexes <sup>508</sup> — sur le détail desquels je me permets de m'étendre.

---

<sup>506</sup> L'*injunction* était libellée en termes suffisamment larges pour permettre, sous le contrôle de la Cour, l'« exploitation commerciale normale » (*profitable commercial use*) des immeubles (634 F. Supp., 281; voy., autorisant la Canadian Land Company of America, N.V., à prélever sur l'ouverture de crédit hypothécaire que lui avaient consentie la Security Pacific Mortgage and Real Estate Services, Inc., les sommes nécessaires au financement des travaux de rénovation de l'*Herald Center*, 640 F. Supp., pp. 740-741). Les Philippines durent fournir une caution de trois millions de dollars (634 F. Supp., p. 290) — somme qui fut par la suite portée à quinze millions de dollars (*Republic of the Philippines v. Marcos et Security Pacific Mortgage and Real Estate Services, Inc. v. Canadian Land Company of America, N.V.*, Civ. Nos. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992)).

<sup>507</sup> Le 31 juillet 1987, le principal administrateur d'Ancor Holdings, N.V., qui détenait à titre de *nominal owner* le *Lindenmere Estate*, M. Floirendo, acquiesça aux termes de la demande, et la villa fut restituée à la République des Philippines (852 F.2d, p. 34, note 2).

<sup>508</sup> Ces contentieux ne concernaient, pour l'essentiel, que l'*Herald Center*, le *Crown Building* et le 40, Wall Street. L'affectation du 200, Madison Avenue en hypothèque pour garantir l'ouverture de crédit contractée pour financer les travaux de rénovation de l'*Herald Center* (« cross-collateralization agreement »), et d'une manière générale, les transferts financiers entre les quatre sociétés propriétaires des immeubles, expliquent cependant que le sort de cet immeuble eût suivi celui des trois premiers (voy. 653 F. Supp., pp. 498-499, et la décision d'appel, 852 F.2d, p. 34, qui relève que les « owners et managers » du 200, Madison Avenue, avaient choisi de ne pas interjeter appel d'une décision qui concernait cet immeuble autant que les trois premiers).

Le premier sema la confusion sur l'identité du propriétaire de l'*Herald Center*, du *Crown Building* et du 40, Wall Street. Peu après l'introduction du litige, un nommé Karl Peterson, qui se présentait comme le « Managing Director » ou l'« Attorney-in-Fact » des sociétés propriétaires de ces immeubles, et prétendait agir au nom de l'homme d'affaires international Adnan Khashoggi, récusait l'association d'avocats Bernstein, Carter & Deyo, qui assurait leur défense, et introduisit contre les frères Bernstein et la société qui leur appartenait, la New York Land Company, une action en dommages et intérêts fondée sur la violation des *fiduciary duties* qu'ils avaient envers les sociétés <sup>509</sup>. Presque simultanément, les frères Bernstein agirent contre MM. Peterson et Khashoggi, et contre les Marcos eux-mêmes et leurs associés, pour entendre constater qu'ils étaient, au mois de juillet 1985, devenus propriétaires des trois sociétés auxquelles appartenaient les immeubles <sup>510</sup>.

L'action introduite au nom des *nominal owners* des immeubles par MM. Peterson et Khashoggi fut assez rapidement rayée du rôle, en raison du refus répété de M. Khashoggi et de son associé, Sami Fadel Barakat, d'y témoigner en leur qualité de « managing agents » des sociétés demandereses <sup>511</sup>. Il apparut par la suite qu'elle avait été purement et simplement orchestrée par les Marcos pour éviter que leur *beneficial ownership* ne fût découverte — ce qui valut à M. Khashoggi d'être poursuivi avec

---

<sup>509</sup> Il était reproché aux Bernstein de s'être fait payer, sur le compte des sociétés demandereses, des commissions et honoraires exagérés, et d'avoir détourné, au moins pour partie, le produit du loyer des immeubles (*Canadian Land Co. v. Bernstein*, Civ. No. 86-9087, introduite devant la Cour du district méridional de New-york le 25 novembre 1986, inédite, mais citée dans 653 F. Supp., p. 497, et dans la décision d'appel, 852 F.2d, p. 35). Il semble qu'en cette affaire, la Cour de district ait imposé, dès l'introduction du litige, un *temporary restraining order* interdisant aux frères Bernstein et à la New-york Land Company de disposer des sommes revenant aux sociétés demandereses. La désignation le 13 janvier 1987, à la demande de la République des Philippines, d'un *special property advisor* a rendu inutile la prolongation de cet *order* (*id.*). Adde, refusant de constater que les frères Bernstein s'étaient rendus coupables d'un *contempt of Court* pour avoir prélevé une somme de 557.349, 11 dollars sur les comptes des trois sociétés demandereses entre le moment où le *temporary restraining order* avait pris fin et celui de la désignation d'un *receiver*, *Republic of the Philippines v. Marcos et Canadian Land Company of America, N.V., v. Bernstein*, Civ. Nos 86-2294 et 86-9087 (S.D.N.Y., Dec. 11, 1987).

<sup>510</sup> Il était également prétendu que Khashoggi avait frauduleusement soustrait à l'une de ces sociétés, la Canadian Land Company of America, N.V., un actif de cinq millions de dollars consistant en un billet à ordre émis par la First Arabian Corporation, S.A. (*Manhattan Land Co. v. Marcos*, Civ. No. 86-9729, introduite le 19 décembre 1986 devant la Cour du district méridional de New-york, inédite, mais citée par 653 F. Supp., pp. 497-498, et par la décision d'appel, 852 F.2d, p. 36).

<sup>511</sup> Voy., confirmant en degré d'appel l'ordre de *dismissal* prononcé par la Cour de district, et précisant qu'il était sans effet sur la procédure introduite par la République des Philippines, *Republic of the Philippines v. Marcos* et la décision d'appel, *Canadian Land Company of America, Ltd, v. Bernstein*, cités l'un et l'autre à la note 509 ci-dessus).

Imelda Marcos devant la Cour de district de New-York, sous la double inculpation d'obstruction à la justice et d'usage de faux <sup>512</sup>.

D'une certaine manière cependant, cette manœuvre précipita la solution du litige introduit par la République des Philippines. Devant la confusion qui régnait quant à la propriété des immeubles, celle-ci obtint que la gestion en soit soumise à la surveillance d'un « special property advisor » chargé, à tout moment, de « monitor the management of the buildings », et d'informer la Cour à ce sujet <sup>513</sup>. Le rôle de ce « special property advisor » ne s'étendait cependant pas au 40, Wall Street : cet immeuble se trouvait déjà, lors de sa désignation, entre les mains d'un curateur (*receiver*) chargé de le vendre en vente publique et d'en percevoir le prix à la requête de la Citibank <sup>514</sup>.

Car — j'en viens à la seconde catégorie de litiges qui vint perturber le cours de l'action introduite par la République des Philippines — les immeubles de Manhattan étaient lourdement hypothéqués, et la procédure de revendication entamée à leur égard acheva de tarir chez les sociétés qui en étaient propriétaires une trésorerie déjà défaillante <sup>515</sup>. Les créanciers inscrits sur les immeubles ne manquèrent pas d'y réagir <sup>516</sup>. La Citibank, inscrite sur le 40, Wall Street, avait entamé dès le 19 novembre 1986 une procédure d'exécution forcée (*foreclosure action*) <sup>517</sup>, à laquelle la République

<sup>512</sup> *United States of America v. Adnan Khashoggi*, citée à la note 468 ci-dessus. C'est ce double chef qui valut à Khashoggi d'être extradé de Suisse vers les États-Unis pour y comparaître en justice (*ibid.*, pp. 8-9). Voy. *infra*, notes 546 et s.

<sup>513</sup> *Republic of Philippines v. New York Land Co.*, citée à la note 509 ci-dessus, qui confirme en degré d'appel *Republic of the Philippines v. Marcos*, citée dans la même note.

<sup>514</sup> 653 F. Supp., p. 496, note 1, et la décision d'appel, 852 F.2d, p. 35.

<sup>515</sup> Les sociétés défenderesses expliquèrent, dans le cours de la procédure d'exécution du 40, Wall Street, diligentée par la Citibank, que « (...) once the *Philippines* action was commenced, all sources of funding evaporated, making it impossible for them to meet current operating costs, let alone locate funding to cure existing mortgage defaults » (*Citibank, N.A. v. Nyland (CF8) Ltd*, 692 F. Supp. 1488 (S.D.N.Y. 1987), p. 1490).

<sup>516</sup> D'importants retards s'accumulèrent également dans le paiement des impôts fonciers et des canons dus au propriétaire du sol (653 F. Supp., p. 496), au point que la Ville de New-york et le propriétaire du sol menacèrent eux aussi de saisir l'ensemble de la propriété (653 F. Supp., p. 498, note 8, et *Citibank, N.A. v. Nyland (CF8) Ltd*, 878 F.2d 620 (2d Circ. 1989), pp. 625-626). Malgré cet important passif, les actionnaires de Nyland touchèrent un dividende de quelque six millions de dollars en 1986 (653 F. Supp., p. 498, note 7).

<sup>517</sup> La procédure fut introduite devant la Cour suprême de l'État de New-york. Elle fut aussitôt renvoyée à la demande de la République des Philippines devant la Cour fédérale de district (*The Republic of the Philippines v. Citibank, et al.*, Civ. No. 86-9187, inédite, mais citée dans 653 F. Supp., p. 498). Voy., désignant un *receiver*, *Citibank, N.A., v. Nyland (CF8) Ltd*, Civ. No. 86-9181 (S.D.N.Y. Dec. 22, 1986 et Apr. 24, 1987), *aff'd*, 839 F.2d 93 (2d Circ. 1988), citée dans 852 F.2d, pp. 34-35, puis acceptant la demande de *summary judgment* formée par Citibank, *Citibank, N.A., v. Nyland (CF8) Ltd*, citée à la note 515 ci-dessus, et

des Philippines, qui avait dans un premier temps tenté de s'y opposer<sup>518</sup>, finit par acquiescer — non sans prendre soin de réserver, pendant une période de deux ans, ses droits sur les sommes que la Citibank aurait indûment perçues à son occasion<sup>519</sup>. L'immeuble fut vendu dans le courant de 1987 ou de 1988, et le solde de son prix après remboursement de l'hypothèque, appelé le « 40 Wall (Surplus) Funds »<sup>520</sup>, tomba sous le coup de la *preliminary injunction* qu'avait obtenue la République des Philippines. Il fut consigné entre les mains du *special master* de la Cour de district dans l'attente de la solution du litige relatif à la propriété de l'immeuble<sup>521</sup>.

Quant à l'*Herald Center*, au *Crown Building* et, aux termes d'un « cross-collateralization agreement », au 200, Madison Avenue, ils étaient de leur côté hypothéqués au profit de la Security Pacific Real Estate and Mortgage Estate, Inc. Celle-ci réagit moins vite que la Citibank aux retards de paiement des sociétés propriétaires. Seul un commandement préalable (*mortgage and loan default notice*) leur avait été adressé au moment de la désignation, à la requête de la République des Philippines, d'un *special property advisor* chargé de superviser la gestion de ces immeubles<sup>522</sup>. Cela explique sans doute que les *foreclosure actions* entamées par la Security Pacific aient immédiatement été jointes, pour cause de connexité, à celle introduite par la République des Philippines<sup>523</sup>. Les

---

la décision d'appel, citée à la note 516 spéc., sur les antécédents de la procédure, pp. 621, 622 et 624.

<sup>518</sup> En arguant de la subordination des poursuites du créancier hypothécaire à la solution du litige relatif à la propriété de l'immeuble — argument qui fut rejeté par la Cour (878 F.2d, p. 627).

<sup>519</sup> Voy., rapportant les termes de la transaction intervenue entre la Citibank et la République des Philippines, 878 F.2d, p. 622, note 1. Cette précaution était sans doute justifiée par les allégations de collusion avec les *nominal owners* des immeubles dont la Citibank avait fait l'objet. Voy., arguant que la Citibank savait que les fonds prêtés étaient détournés par M. Marcos ou ses hommes de paille, 692 F. Supp., p. 1489. Je verrai plus loin qu'il est possible que la République des Philippines n'ait élevé aucune contestation directe contre la Citibank, pourtant très fortement impliquée dans le financement des entreprises de M. Marcos, parce qu'elle recherchait avec cette banque un accord sur le rééchelonnement de sa dette extérieure.

<sup>520</sup> *Republic of the Philippines v. Marcos*, 138 F.R.D. 366 (S.D.N.Y. 1991), p. 367; Civ. Nos. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992), p. 1.

<sup>521</sup> Voy., rapportant les termes du *final judgment of foreclosure and sale* pris par la Cour de district, 878 F.2d, p. 622. La République des Philippines semble avoir ultérieurement contesté le décompte établi par le *receiver*, et en avoir obtenu le redressement partiel (*Citibank, N.A., v. Nyland (CF8) Ltd*, Civ. No. 86-9181 (S.D.N.Y. Sept. 18, 1990)).

<sup>522</sup> 653 F. Supp., p. 498.

<sup>523</sup> Voy. *The Republic of the Philippines v. Marcos et Security Pacific Mortgage and Real Estate Services, Inc., v. Canadian Land Company of America, N.V.*, Civ. No. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. Jul. 5, 1990), qui rejette la demande, formée par la République des Philippines, de joindre à la vente forcée du *Crown Building* celle des droits que la Canadian Land y détenait en qualité de sous-bailleur.

immeubles hypothéqués furent eux aussi vendus <sup>524</sup>, mais pas avant cependant que le litige principal n'eût pris fin par la voie d'une transaction.

Assez rapidement après l'imposition de la *preliminary injunction*, des négociations tripartites avaient en effet réuni la République des Philippines, les frères Bernstein et la partie représentée par M. Peterson pour mettre fin au litige <sup>525</sup>. Ces négociations aboutirent le 19 décembre 1990 à la conclusion d'une transaction, dite « 1990 Stipulation » <sup>526</sup>. Celle-ci ne contenait, semble-t-il, guère de stipulation relative à la propriété des immeubles : ceux-ci avaient été ou étaient, à l'époque de sa conclusion, destinés à être vendus à la requête des créanciers inscrits. Elle fournit bien plutôt une clé de répartition, entre les trois parties, des « available monies », c'est-à-dire des fonds excédentaires provenant ou à provenir, après remboursement des hypothèques, de la vente des immeubles, et des avoirs des sociétés qui en étaient nominalement propriétaires <sup>527</sup>.

Cette transaction ne put entrer en vigueur qu'après la résolution des contestations soulevées par la Security Pacific. Celle-ci, qui n'avait pas retiré de la vente de l'*Herald Center* la totalité du montant de sa créance <sup>528</sup>, tenta de s'opposer à la répartition du « 40 Wall (Surplus) Fund » selon les termes arrêtés par la « 1990 Stipulation » <sup>529</sup>. Ce n'est qu'au lendemain de la conclusion d'un accord séparé avec cette banque, connu sous le nom de « Glockhurst Stipulation », qui portait abandon par la Security Pacific de ses

---

<sup>524</sup> L'*Herald Center* fut vendu dans le courant de 1990. Le *Crown Building* qui, le 6 juillet 1989, avait fait l'objet d'un *final judgment of foreclosure and sale*, ne le fut qu'en avril 1991. Le 200, Madison Avenue, semble avoir été vendu dans le courant des années 1991 ou 1992 (138 F.R.D., p. 367 et, en ce qui concerne spécifiquement la vente du *Crown Building*, *Republic of the Philippines v. Marcos et Security Pacific Mortgage and Real Estate Services, Inc. v. Canadian Land Company of America, N.V.*, Civ. No. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. Sept. 15, 1992)).

<sup>525</sup> 692 F. Supp., p. 1491, qui rejette comme « patently frivolous » l'accusation de « tortious interference » dans les négociations en cours sur la propriété des immeubles dont la Citibank fit l'objet parce qu'elle cherchait à exécuter son hypothèque.

<sup>526</sup> Voy., rapportant les termes de cette transaction, Civ. Nos. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992), pp. 1-2.

<sup>527</sup> *Id.*, p. 7, note 3.

<sup>528</sup> 138 F.R.D., p. 367.

<sup>529</sup> Voy., rejetant la demande d'intervention formée à cette fin par la Security Pacific, *Republic of the Philippines v. Marcos*, citée à la note 520 ci-dessus, confirmée en appel, 946 F.2d 18 (2d Circ. 1991). Les parties cherchèrent à négocier avec la Security Pacific une nouvelle transaction. Ce nouvel accord, connu sous le nom de « Canadian Land Stipulation », ne reçut cependant pas l'agrément des frères Bernstein (voy., rapportant le constat de désaccord dressé à cet égard par la Cour le 28 avril 1992, Civ. Nos. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992), pp. 3-4).

prétentions sur le « 40 Wall (Surplus) Fund » et organisait la répartition du produit de la vente du 200, Madison Avenue <sup>530</sup>, que la transaction de 1990 put être mise à exécution. Elle gouverna la répartition des fonds provenant, après remboursement des hypothèques, de la vente du 40, Wall Street et de celle du Crown Building — non sans que, par une ultime complication, la Golden Budha Corp., qui prétendait, au nom de l'inventeur du « Yamashita Treasure », avoir titre à la distribution des « 40 Wall Funds », eût vainement tenté, comme en Suisse, de s'y opposer <sup>531</sup>.

### C. — REPUBLIC OF THE PHILIPPINES V. MARCOS (No. 2)

#### I. — LE RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS ACT...

Les États-Unis furent, au milieu des années '70, marqués par une entreprise sans précédent de lutte contre la criminalité « en col blanc » que semblent avoir précipitée les révélations faites à cette époque par la *Securities and Exchange Commission* des infractions dont les entreprises américaines s'étaient rendues coupables pour supporter en secret des campagnes électorales *at home* et à l'étranger <sup>532</sup>. L'affaire Marcos ne pouvait manquer d'entraîner le « déclenchement » de l'abondant appareil répressif

<sup>530</sup> Cette transaction fut officialisée par la Cour le même 28 avril 1992 (Civ. Nos. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992), p. 3 et, sur son contenu, *ibid.*, p. 9). Cette dernière décision rapporte également les termes d'un accord conclu, le 19 août 1991, entre la République des Philippines et la banque Duménil-Leblé (Suisse), qui déchargeait Nyland (CF8) Ltd, propriétaire du 40, Wall Street et Glockhurst Corporation, N.V., propriétaire du 200, Madison Avenue, d'une dette de quelque dix millions de dollars enrolée à leur nom, alors qu'elle avait servi à financer des dépenses personnelles de Gliceria Tantoco. Cet accord avait permis à Nyland et Glockhurst d'échapper à une procédure de faillite ouverte contre elles aux Antilles néerlandaises (*ibid.*, pp. 2 à 3, et 8 à 10).

<sup>531</sup> Civ. No. 86-2294 et 87-3629 (S.D.N.Y. June 25, 1992), pp. 12-13. Tout en précisant que « [t]his does not constitute an adjudication of Golden Budha's claim, but merely a denial of its claim for provisional relief in the nature of an attachment », la Cour constata que « Golden Budha's claim has been pending in various forms since 1989 » et que « [d]uring the past three years, [it] has submitted no evidence whatsoever in support of its claims, and has failed completely to establish entitlement to a constructive trust ».

<sup>532</sup> Voy. not. NOTE, « Disclosure of payments to foreign government officials under the Securities Act », 89 *Harv. L. Rev.* 1848 (1976), pp. 1848 à 1870, spéc. pp. 1850 et s., qui considère que les fondements allégués à son intervention par la S.E.C. « cannot justify the amount of information that [the Commission] has required American companies to report » (*ibid.*, p. 1853).

dont ils s'étaient doté à cette occasion. M. et M<sup>me</sup> Marcos furent, dès le mois de juin 1986 — quelques temps seulement après leur arrivée à Hawaï —, accusés par un *grand jury* fédéral réuni dans le district méridional de New-York d'avoir « fraudulently diverted enormous sums of money that belonged to the Philippine government and the government of the United States, which money was intended for the benefit of the Philippine people », au moyen notamment de l'« embezzlement of funds in both countries, a portion of which were then used to purchase personal and real property in the United States, and the remainder of which were transferred to secret Swiss bank accounts for the Marcoses' benefit »<sup>533</sup>. Les poursuites étaient fondées principalement sur une loi fédérale réprimant le crime organisé — le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (R.I.C.O.)*, inséré dès 1970 dans le titre 18, U.S.C. pour lutter contre le « white collar crime »<sup>534</sup>.

L'instruction — qui, on l'a vu, déclencha l'entraide internationale des autorités suisses et se solda, en juillet 1990, par l'acquittement de M<sup>me</sup> Marcos<sup>535</sup> — n'intéresserait plus le cadre cette étude si n'avait été abordée à son occasion la question du statut de l'ancien chef d'État, et si les gouvernements américain et philippin ne l'avaient mise à profit pour conclure, le 11 juin 1986, un *Executive Agreement on Procedures for Mutual Legal Assistance*, par lequel — dans la ligne de l'accord conclu le 15 mars — ils s'engageaient « to share evidence in the legal investigation(s) » et « to assist each other in arranging interviews with the potential witnesses and locating additional evidence »<sup>536</sup>.

<sup>533</sup> 860 F.2d, p. 42.

<sup>534</sup> 18 U.S.C., §§ 1961 à 1968. Les infractions que cette loi punit consistent, aux termes de la section 1962, dans (a) l'investissement des revenus d'un « pattern of racketeering activity » dans une entreprise; (b) l'acquisition ou la conservation d'une participation dans une entreprise « through a pattern of racketeering activity »; (c) la conduite des affaires d'une entreprise « through a pattern of racketeering activity », et (d) la « conspiracy » pour commettre l'une ou l'autre de ces infractions. Quant à la « racketeering activity », elle est elle-même définie, par la section 1961, comme étant « any chargeable or indictable act under an extensive list of state and federal proscriptions » — liste dont la consultation enseigne qu'elle comprend l'ensemble des infractions traditionnellement qualifiées de « white collar crimes ». Il existait un « pattern of racketeering activity » dès l'instant que deux au moins de ces infractions avaient été commises dans un délai de dix ans (18 U.S.C., § 1961 (1), tel qu'amendé par l'*Anti-Drug Abuse Act of 1986*, Publ. L. 99-570, § 1365 (b), 1986 U.S. Code Cong. & Adm. News, pp. 3207-3235). Voy. not. P. VIZCARRONDO, Jr., chap. 11 in O. G. OBERMAIER et R. G. MORVILLO (éd.), *White Collar Crime : Business and Regulatory Offenses*, New York, Law Journal Seminars Press, 1990, pp. 38.

<sup>535</sup> Voy. à cet égard « The Story Behind Imelda's Trial », *Kasarinlan*, vol. 6 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> trim. 1990), pp. 117 et s.

<sup>536</sup> *United States of America v. Imelda R. Marcos*, Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. March 12, 1990), pp. 7-8.

## a) L'instruction

L'ancien président et son épouse tentèrent d'abord de se soustraire aux *subpoenas* qui, aux mois d'avril et de juillet 1988, leur furent imposés par le *grand jury* — consistant dans la fourniture d'un *specimen* enregistré de leur voix et de leur signature, dans la production de leurs emprunts digitales et dans l'octroi de leur consentement à la communication, par les banques étrangères auprès desquelles ils détenaient des comptes, de leurs « financial records ». Ils avançaient à cette fin trois arguments. Tous furent rejetés par la Cour du district méridional de New-York et, en appel, par la Cour du deuxième circuit, qui jugèrent l'une et l'autre M. et M<sup>me</sup> Marcos coupables de *contempt* <sup>537</sup>.

Le premier argument, l'on n'en sera guère surpris, était tiré de l'immunité de juridiction dont M. et M<sup>me</sup> Marcos pouvaient se prévaloir en leur qualité respective d'ancien chef d'État et — on le suppose — d'épouse d'un ancien chef d'État <sup>538</sup>. L'argument fut écarté, comme par le Tribunal fédéral suisse dans le cadre de la procédure d'entraide ouverte à cette occasion <sup>539</sup>, sur la base d'une note, datée du 9 août 1988, par laquelle l'ambassade des Philippines à Washington avait fait savoir au département d'État que le nouveau gouvernement philippin avait, pour autant que de besoin, décidé de « lever » les immunités de l'ancien président et de son épouse <sup>540</sup>. Les considérations de « mutual respect and comity among foreign states » qui se trouvaient à la base de la « doctrine » des immunités du chef d'État conduisirent les juges à donner plein effet à la note des autorités philippines. Décider autrement, jugèrent-ils, « would serve simply to embarrass the current Philippine government » <sup>541</sup>.

<sup>537</sup> In re *Doe*, cité à la note 258 ci-dessus, qui confirme l'*order* rendu le 11 août 1988 par la Cour du district méridional de New-york (E. M. CALLAN, « In re Mr. and Mrs. Doe : Witnesses Before the Grand Jury and the Head of State Immunity Doctrine », 22 N. Y. Un. Journ. Int'l L. & Pol. 117 (1989), pp. 121-122).

<sup>538</sup> La Cour du deuxième circuit paraît n'avoir fait aucune différence entre les immunités devant revenir à M. Marcos et à son épouse, se bornant à parler à leur propos, indifféremment, d'« head-of-state immunity » (860 F.2d, pp. 44 et s.), et la remarque des annotateurs de l'*American Journal of International Law*, qui estiment que « [t]he court assumed, without holding, that any immunity that Ferdinand Marcos enjoyed would extend to his wife (...) » (vol. 83, p. 372, note 2).

<sup>539</sup> *Supra*, note 265.

<sup>540</sup> Le texte de la note apparaît par extrait dans 860 F.2d, p. 43. Il est reproduit dans E. M. CALLAN, « In re Mr. and Mrs. Doe... », *op. cit.* in 22 N. Y. Un. Journ. Int'l L. & Pol., p. 122, note 27.

<sup>541</sup> 860 F.2d, p. 45.



Les deux autres arguments soulevés par M. et M<sup>me</sup> Marcos intéressaient moins directement le droit international. L'ancien président et son épouse soutenaient d'abord qu'en raison de l'existence d'un arrangement administratif portant sur l'échange de renseignements entre le département de la justice et la Commission présidentielle philippine pour un gouvernement honnête, la production des informations requises portait atteinte au privilège contre la « self-incrimination » que leur garantissaient le cinquième amendement de la Constitution nord-américaine, l'article III, § 17 de la Constitution des Philippines, et la section 1782 du titre 28, U.S.C. — un texte sur lequel je reviendrai ci-dessous. Les juges décidèrent que ces textes ne trouvaient pas à s'appliquer, dès l'instant qu'ils étaient saisis, non d'une procédure d'entraide pénale, mais d'une action pénale directe, engagée par le gouvernement des États-Unis. La seule existence d'un *Executive Agreement* conclu le 11 juin 1986 entre les gouvernements américain et philippin portant sur l'échange d'informations ne signifiait pas, comme M. et M<sup>me</sup> Marcos le prétendaient, que des « fuites » étaient systématiquement « orchestrées » par les autorités américaines au profit des autorités philippines. Moins encore elle faisait, comme ils le soutenaient également, du *grand jury* fédéral le simple « agent » des autorités philippines <sup>542</sup>.

Le dernier argument prenait un caractère plus technique : l'ancien président et son épouse contestaient les pouvoirs du *grand jury* de récolter des preuves par le biais de *compelled consent directives*. Les juges décidèrent sur ce point que les « consent directives » étaient bel et bien « enforceable » — tout doute à cet égard ayant été dissipé par un arrêt de la Cour suprême rendu en 1988 <sup>543</sup>.

Après que la Cour suprême eut rejeté la requête d'*emergency stay* qu'ils avaient introduite <sup>544</sup>, M. et M<sup>me</sup> Marcos, craignant d'être emprisonnés, se conformèrent aux *subpoenas* et livrèrent au *grand jury* les renseignements demandés <sup>545</sup>.

---

<sup>542</sup> *Ibid.*, pp. 46 à 49.

<sup>543</sup> *Ibid.*, pp. 49-50, citant *Doe v. United States*, — U.S. —, 108 S.Ct. 2341, et 101 L.Ed.2d 184 (1988).

<sup>544</sup> *Marcos v. United States*, 109 S.Ct. 387 (1988).

<sup>545</sup> *Los Angeles Times*, 20 nov. 1988.

b) Le *pretrial*

L'instruction prit fin le 21 octobre 1988 — date à laquelle M. et M<sup>me</sup> Marcos furent, ensemble avec de nombreux hommes de confiance ou complices, dont — on l'a déjà vu — l'homme d'affaires saoudien Adnan Khashoggi, la California Overseas Bank, et le président de cette banque, mis en accusation devant la Cour du district méridional de New-York<sup>546</sup>. L'ex-président philippin, souffrant, fut autorisé à demeurer à Hawaï, jusqu'à ce qu'un médecin assermenté détermine s'il était capable de se déplacer. M<sup>me</sup> Marcos fut laissée en liberté, moyennant le versement d'une caution de cinq millions de dollars<sup>547</sup>.

L'acte d'accusation s'appuyait sur quatre chefs distincts, comportant la violation du R.I.C.O., la « conspiration » en vue de violer celui-ci, une « obstruction of justice », et divers faits de faux en écriture commis en violation du *mail fraud statute*. Ces quatre chefs d'accusation s'articulaient eux-mêmes autour de trois « noyaux » factuels. Le premier se rapportait à l'acquisition et à la détention par l'ancien couple présidentiel, à l'intermédiaire de sociétés-écrans, des quatre immeubles de Manhattan : ces immeubles avaient, selon l'accusation, été acquis tout à la fois au moyen de fonds détournés des Philippines, notamment de la banque nationale de ce pays — pour un montant estimé à près de cent trente-et-un millions de dollars, auquel s'ajoutaient douze millions de dollars employés à y effectuer des réparations — et d'un emprunt souscrit à l'aide de faux renseignements auprès de divers institutions financières américaines — pour un montant de près de cent soixante-cinq millions de dollars. Le deuxième et le troisième « noyaux » factuels étaient plus simples. Le premier se rapportait au versement sur divers comptes bancaires détenus sous des noms d'emprunt de quelque cinquante-deux millions de dollars, prétendument soustraits au

---

<sup>546</sup> *Ibid.*, 22 oct. et 21 nov.; *Washington Post*, 26 nov. 1988; *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1989, p. 438. Il semble que les autorités de poursuite américaine aient cherché à proposer à l'ancien président philippin un « plea bargain » portant sur la restitution aux Philippines de plusieurs millions de dollars, dans le but notamment d'éviter que M. Marcos ne cherche, s'il était condamné par la justice américaine, à « embarrasser » les États-Unis (« Plea-bargaining deal for Marcos reported », *Far Eastern Economic Review*, 20 oct. 1988, p. 12).

<sup>547</sup> « Imelda Marcos appears on racketeering charge », *Far Eastern Economic Review*, 10 nov. 1988, p. 12.

gouvernement philippin — singulièrement à la *Philippine National Oil Corporation*. Le second, à l'acquisition et à la détention par l'ancien couple présidentiel, au moyen, à nouveau, de fonds détournés des Philippines, d'une collection de près de quatre cent tableaux connue sous le nom de « Samuels Collection », dont la valeur était estimée à près de dix millions de dollars, qui garnissait un appartement situé au 660, Park Avenue <sup>548</sup>.

M<sup>me</sup> Marcos et, dans une moindre mesure, la California Overseas Bank furent seuls à se défendre — le décès de M. Marcos, le 28 septembre 1990, ayant à son égard éteint les poursuites <sup>549</sup>. Il serait trop long sans doute de s'arrêter sur le détail des *pretrial motions* présentées par l'accusée. Ses arguments, disparates, et à certains égards contradictoires, peuvent être regroupés en trois « paquets ».

Un premier « paquet », sans doute le plus intéressant pour le présent propos, tendait à démontrer l'irrecevabilité des poursuites ou, à tout le moins, à en limiter l'efficacité dans le temps. À l'appui de l'irrecevabilité, M<sup>me</sup> Marcos soutenait d'abord que, dans un message qu'elle lui avait adressé par téléphone au lendemain de la défaite électorale de son mari, l'ex-*first lady* Nancy Reagan l'avait assurée qu'elle trouverait aux États-Unis un « safe haven », dans lequel elle serait « welcome » et « safe ». De cette déclaration, à laquelle elle ajoutait un document confidentiel émanant d'un ancien *Legal Advisor* du Département d'État, M<sup>me</sup> Marcos prétendait déduire que les autorités américaines avaient renoncé par avance à l'inquiéter pénalement pour quelque cause que ce soit, relative à sa conduite passée. La Cour jugea, pour rejeter l'argument, que le « message de bienvenue » que lui avait adressé l'ex-*first lady*, pas plus que le document confidentiel du département d'État, ne constituaient, comme elle le soutenait, une « promise of immunity from prosecution » <sup>550</sup>. Alternativement — et sans crainte de se contredire —, M<sup>me</sup> Marcos soutenait que, loin d'avoir été invitée à se rendre aux États-Unis, ou plutôt ayant décliné l'invitation qui lui était adressée, elle

<sup>548</sup> On trouve d'assez bons résumés de l'acte d'accusation dans *United States of America v. Imelda R. Marcos*, Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y., Feb. 14, 1990), pp. 2 à 4, et *id.* (S.D.N.Y., Feb. 16, 1990), pp. 18 à 21. L'évaluation de la « Samuels Collection » apparaît sous la plume de l'*Attorney* Ted Laguatan, conseiller spécial du gouvernement philippin dans le procès new-yorkais dirigé contre Imelda Marcos, dans (« The Story... », *op. cit.* in *Kasarinlan*, vol. 6 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> trim. 1990), p. 121).

<sup>549</sup> Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y., Oct. 31, 1989), p. 1, note 1.

avait été « kidnappée » par les militaires américains, et emmenée de force aux États-Unis, contre son gré et celui de son défunt mari. Puisque sa présence devant la Cour était illégale, elle n'avait, soutenait-elle, à répondre pénalement devant elle que de sa conduite postérieure à son arrivée à Hawaï. La Cour n'eut à nouveau pas à se prononcer sur le fond de cet argument. Elle jugea complètement « absurde » l'idée même que M. et M<sup>me</sup> Marcos eussent été kidnappés contre leur gré : ils avaient été escortés dans leur fuite, aux frais du gouvernement américain, par une suite de cent vingt-deux personnes dont la Cour ne manqua pas d'épingler, en guise d'indice de « consentement » à cet « exil forcé », les dépenses extravagantes à Hawaï<sup>551</sup>. Deux derniers arguments, plus directement liés aux préoccupations des internationalistes, devaient, à l'estime de M<sup>me</sup> Marcos, lui permettre d'échapper à toute responsabilité pénale pour les « crimes » commis « during the presidency of her late husband ». Le premier était tiré du « résidu » d'immunité qui lui revenait en sa qualité d'épouse d'un ancien chef d'État. Reprenant une argumentation déjà exposée par le *grand jury*, la Cour se borna à retenir sur ce point — en se fondant cette fois sur une note adressée par le ministère philippin des affaires étrangères à l'Ambassade américaine à Manille le 17 octobre 1988 — que l'immunité dont pouvait se prévaloir M<sup>me</sup> Marcos avait été levée par le nouveau gouvernement philippin<sup>552</sup>. Pas davantage que celui tiré de l'immunité de juridiction, le moyen tiré de l'*Act of State* ne convainquit la Cour. M<sup>me</sup> Marcos, décida-t-elle à la suite de la Cour du deuxième circuit dans l'action relative à la récupération des immeubles new-yorkais<sup>553</sup>, demeurait en défaut de rapporter la preuve que les actes incriminés constituaient des « acts undertaken (...) to give effect to [the] sovereign's public interests [of the Philippines] », ignorant ainsi la « crucial distinction between acts of Ferdinand Marcos as head of state » et « his purely private acts »<sup>554</sup>.

---

<sup>550</sup> *Id.* (S.D.N.Y. Feb. 28, 1990), p. 29.

<sup>551</sup> *Id.*, p. 16, qui rapporte que « (...) the Marcos party, invited to visit military base exchanges in Guam and Hawai, supposedly to replace personal necessities, charged over \$ 11,000 in health and beauty aids alone ». L'argument selon lequel M<sup>me</sup> Marcos aurait été emportée de force à Hawaï avait déjà été rejeté précédemment, sur la base d'une lettre de remerciement adressée par l'ancien président philippin au président Reagan pour l'« hospitalité » qu'il lui avait offerte, ainsi qu'à son épouse. « This, nota la Cour, is hardly the language of a kidnap victim » (*id.* (S.D.N.Y. Feb. 14, 1990), p. 13).

<sup>552</sup> *Id.* (S.D.N.Y., March 12, 1990), pp. 2 à 4, qui reproduit, en pages 3-4, le texte de la note du gouvernement philippin.

<sup>553</sup> *Supra*, note 486

<sup>554</sup> Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y., March 12, 1990), pp. 4 à 7.

En un deuxième « paquet » d'arguments, M<sup>me</sup> Marcos contestait la régularité de certains des moyens de preuve que le gouvernement américain avait récoltés à sa charge, et cherchait en conséquence à en obtenir la mise à l'écart des débats. Il s'agissait d'abord des informations que les autorités militaires et douanières américaines avaient recueillies lors des fouilles des bagages de l'ancien couple présidentiel et de sa suite sur la base de Clark Field — où les exilés avaient d'abord été transportés — puis lors de leur arrivée à Hawaï. M<sup>me</sup> Marcos soutenait que ces fouilles avaient porté atteinte au « right of privacy » que garantissait le quatrième amendement de la Constitution. La Cour estima au contraire qu'elles étaient conformes à la législation militaire et douanière américaine — ce qui suffisait à exclure toute « legitimate expectation of privacy » dans le chef de M<sup>me</sup> Marcos <sup>555</sup>. Celle-ci entendait en deuxième lieu obtenir la mise à l'écart des témoignages recueillis contre elles sur le territoire des Philippines par les enquêteurs de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête. Ces témoignages, dont la teneur fut communiquée aux autorités de poursuite américaines dans le cadre de l'*Executive Agreement* du 11 juin 1986, violaient selon M<sup>me</sup> Marcos la « due process clause » du cinquième amendement, pour le motif qu'elle n'avait pas été confrontée avec les témoins. L'argument paraît avoir quelque peu indisposé la Cour qui, rappelant qu'aucun droit de confrontation n'existait jusqu'au moment du procès, souligna que « Mrs. Marcos' blithe reliance on the due process clause of the fifth amendment is entirely bewildering. The clause is not a talisman to be invoked as a means to challenge any government activity thought to be improper (...) » <sup>556</sup>. Enfin, Madame Marcos cherchait à obtenir que soient écartés des débats divers documents bancaires recueillis par les autorités américaines — sur la base de lois d'entraide internationale en matière pénale — en Italie, à Singapour, à Hong Kong, en Allemagne de l'Ouest et en Suisse, pour le motif qu'ils n'étaient pas accompagnés de la « foreign certification » prescrite par la section 3505 du titre 18, U.S.C. <sup>557</sup>. L'argument ne fut admis que partiellement — à l'égard des documents bancaires pour lesquels le gouvernement demeurerait en défaut de produire les « certifications » en cause <sup>558</sup>.

<sup>555</sup> *Id.* (S.D.N.Y. Feb. 28, 1990), pp. 29 à 39.

<sup>556</sup> *Id.* (S.D.N.Y. March 12, 1990), pp. 10-11.

<sup>557</sup> Cette disposition fixe les conditions de forme auxquels les documents bancaires doivent satisfaire pour être admis à titre d'« evidence », par dérogation à la « hearsay rule ». Elle est reproduite dans Cr. No. 87- 598 (S.D.N.Y. March 27, 1990), pp. 2-3.

<sup>558</sup> *Id.*, spéc. pp. 16 à 18.

Le troisième « paquet » d'arguments était relatif à la collection des preuves à la décharge de M<sup>me</sup> Marcos. Bien que disposant déjà de quelque trois cent cinquante mille pages de documents ainsi que des enregistrements vidéo, photos et autres avoirs saisis au cours d'une instruction de deux années<sup>559</sup>, l'accusée sollicita, dans une *discovery request* datée du 24 mai 1989 et longue de cent quatorze pages, de l'*Attorney* chargé des poursuites la production de tous les documents se rapportant aux relations entre les autorités américaines et l'ancien couple présidentiel « in the possession of the Government, regardless of whether such materials are held by you or your office, or whether such materials are located in another prosecutor's office or are in the possession of some other Government agency or department, including but not limited to the Department of Justice, Department of State, Department of Defense, Central Intelligence Agency, National Security Council, and any and all positions within or associated with the Office of any President of the United States; United States Senate and United States House of Representatives (or any members, attorneys, or other agents, or committees or sub-committees thereof); any and all elected or appointed officials of the United States Government, including but not limited to the present and former Presidents of the United States, Vice-Presidents of the United States, and any and all appointees thereof; any candidates for any such office who later succeeded to the said office; and any employee, representative, attorney, or any other agent thereof, however denominated (...) »<sup>560</sup>. La Cour épingla le caractère monstrueux de l'investigation demandée à l'administration américaine, s'interrogeant sur le « true purpose » de la défense<sup>561</sup>. Les arguments soulevés par la défense, qui allaient de l'étonnement naïf devant la complexité des charges retenues contre elle à l'« opacité » de l'acte d'accusation, en passant par son ignorance candide des affaires de son défunt mari, ne convainquaient guère<sup>562</sup>. Sans doute, comme l'avait aperçu le gouvernement américain, M<sup>me</sup> Marcos entendait-elle transformer son procès en « un procès-mammoth », un « trial-by-avalanche » dans lequel l'accusation disparaîtrait sous un

---

<sup>559</sup> *Id.* (S.D.N.Y. Feb. 14, 1990), p. 5, et (S.D.N.Y. Feb. 16, 1990), pp. 1-2.

<sup>560</sup> Reproduit par extrait dans Cr. No. 87-598 (S.D.N.Y. Feb. 16, 1990), pp. 3-4.

<sup>561</sup> *Id.*, spéc. pp. 4, et 6, où la Cour note que « [Mrs. Marcos] would have the prosecution conduct an immense investigation into the files of the executive and legislative branches of the federal government in an effort to discover exculpatory information ».

<sup>562</sup> *Id.*, p. 17.

fatras de documentation, ou deviendrait confuse à force de documentation <sup>563</sup>. Aussi bien sa demande ne fut-elle que partiellement acceptée : un ordre de communication ne fut adressé au gouvernement que dans le cadre tracé par un arrêt rendu en 1963 par la Cour suprême, requérant la communication par les autorités de poursuite, à la demande de la défense, de toute « evidence that is favorable to the accused and material to either guilt or punishment » <sup>564</sup>. M<sup>me</sup> Marcos sollicite en outre, huit jours avant le début du procès, l'autorisation de produire l'audition, enregistrée sur vidéo, de divers témoins dont la plupart, expliquait-elle, étaient retenus contre leur gré aux Philippines, et d'en auditionner divers autres, dont le moindre n'était pas M<sup>me</sup> Corazon Aquino <sup>565</sup>. Seuls deux des témoignages sollicités furent jugés admissibles — sans toutefois que M<sup>me</sup> Marcos fût, comme elle le demandait, autorisée à assister en personne à l'audition des témoins aux Philippines. Il s'agissait des témoignages de Francisco Tantuico, le chef de la « Philippine Audit Organization » entre 1976 et 1986, qui, selon M<sup>me</sup> Marcos, devait attester que les divers projets commandés par le gouvernement philippin pendant cette période l'avaient été à leur valeur réelle <sup>566</sup>, et d'Orlando Dulay, qui devait témoigner que l'or possédé par son défunt mari provenait de la découverte du « Yamashita Treasure » — et non du pillage du Trésor public philippin, comme le soutenait l'acte d'accusation <sup>567</sup>.

\*  
\* \*

M<sup>me</sup> Marcos fut, je l'ai dit, acquittée — au bénéfice du doute. Beaucoup, aux Philippines, ont spéculé sur les causes de cet acquittement — ne manquant pas d'avoir des mots très durs à l'égard des jurés américains, soupçonnés de méconnaissance totale de l'histoire de leur pays <sup>568</sup>. Il semble, simplement, que le verdict découlait

---

<sup>563</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>564</sup> *Id.*, spéc. pp. 2 à 15, ici, pp. 4-5.

<sup>565</sup> *Id.* (S.D.N.Y. May 1, 1990).

<sup>566</sup> *Id.*, pp. 10-11.

<sup>567</sup> *Id.*, pp. 11-12.

<sup>568</sup> Voy. not. les déclarations de l'*Attorney* Ted Laguatan, conseiller spécial du gouvernement philippin dans le procès new-yorkais dirigé contre Imelda Marcos, selon lequel l'un des motifs de l'acquittement « was the lack of sense of history of the jurors about the Phillipines (...). Some of them actually thought that the Phillipines was in South America », et les accusations de B. Aquino, vice-présidente de l'université des Philippines, et auteur du célèbre *Politics of Plunder : The Phillipines under Marcos* (Quezon City, Great Books Trading et the University of the Phillipines, College of Public

naturellement de la mise en œuvre de l'appareil juridictionnel américain : les jurés avaient à se soucier seulement des intérêts de l'État américain, non de ceux de l'État philippin. C'est aux Philippines qu'un procès pénal contre M<sup>me</sup> Marcos eût du trouver place — les avocats californiens de la République des Philippines l'avaient pressenti <sup>569</sup>, et le juge le souligna en audience : « [w]hat is this case doing in an American Court ? » ; « [w]hat am I doing with this case of theft of Philippine money from Philippine bank ? » <sup>570</sup>. L'acquittement, quoiqu'il en soit, ne doit pas faire oublier les importantes conséquences civiles que le gouvernement philippin allait tenter de déduire, devant les juridictions californiennes, de la violation par l'ancien couple présidentiel du *R.I.C.O.*

## II. — ...ET SES CONSÉQUENCES CIVILES

### a) La demande

Au moment où les autorités américaines ouvraient contre M. et M<sup>me</sup> Marcos et leurs complices l'instruction pénale dont il vient d'être question, le 16 juin 1986 exactement, le gouvernement philippin chercha à faire valoir devant la Cour du district central de Californie, siégeant à Los Angeles, le droit aux « treble damages » que le *R.I.C.O.* aménage au profit de la « partie civile » <sup>571</sup> — introduisant ainsi, par l'intermédiaire de Rafael Fernando, représentant de la Commission présidentielle pour un gouvernement

---

Administration, 1987), interrogeant : « [w]hat kind of jurors are these ? The way they were talking, they were absolutely uninformed. Their level of comprehension of the case was their problem (...). There should have been an effort to make sure that the jurors understood the laws concerned and the complex manner of how they are violated » (« The Story... », *op. cit.* in *Kasarinlan*, vol. 6 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> trim. 1990), resp. pp. 119 et 123-124).

<sup>569</sup> Voy. les déclarations de Charles Garry, *attorney* au barreau de San Francisco, s'exprimant à propos de la collection des preuves : « [m]y understanding is that all of this (identifying the source of the funds) must be determined in the Philippines courts » (*Los Angeles Daily Journal*, 10 mars 1986).

<sup>570</sup> Ces propos sont rapportés par l'*Attorney* Ted Laguatan, *ibid.*, p. 118.

<sup>571</sup> Aux termes de la section 1964 (c) du titre 18, U.S.C., « [a]ny person injured in his business or property by reason of a violation of section 1962 of this chapter may sue therefor in any appropriate United States district court and shall recover treblefold the damages he sustains and the cost of the suit, including a reasonable attorney's fee ».



honnête sur la Côte ouest, « the most ambitious suit against Marcos of all »<sup>572</sup>. Assez analogue à celle que la République islamique d'Iran avait en son temps formée contre l'ancien shah, l'action n'avait pas pour objet la récupération d'avoirs déterminés, mais le paiement d'une somme d'argent censée représenter tout à la fois le montant de la richesse que M. et M<sup>me</sup> Marcos avaient accumulée au détriment de la demanderesse, et celui, fixé à cinquante milliards de dollars, des *punitive damages*.

Elle était dirigée d'abord contre M. et M<sup>me</sup> Marcos, accusés d'avoir, en leur qualité respective de président de la république et de gouverneur de Manille, « used [their] position of power and authority to convert and cause to be converted, to [their] use and that of [their] friends, family, and associates, money, funds, and property belonging to the Philippines and its people »<sup>573</sup>. Le chiffre avancé des détournements était de un milliard cinquante-cinq millions de dollars, dont la majorité (un milliard et demi de dollars) se serait trouvée sur des comptes bancaires en Suisse, le solde ayant été investi dans l'achat de plusieurs propriétés immobilières à Beverly Hills (quatre millions de dollars), les caisses remplies d'or, de bijoux, de titres et de devises saisies par les douanes américaines à Hawaï (sept millions de dollars), et deux comptes ouverts auprès d'une banque californienne au nom de M<sup>me</sup> Marcos (huit cent mille dollars)<sup>574</sup>. Parmi les défenseurs se trouvaient également certains des associés de l'ancien couple présidentiel, des sociétés qui leur appartenaient<sup>575</sup>, ainsi que la Lloyds Bank, détentrice des deux comptes ouverts au nom de M<sup>me</sup> Marcos<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> *Los Angeles Daily Journal*, 29 janv. 1996. La décision rendue par la Cour du district central de Californie (*Republic of the Philippines v. Marcos*, Civ. No. 86-3859 (C.D. Cal. June 25, 1986)) est à ma connaissance demeurée inédite. L'action est citée par *Azurin v. Von Raab*, 803 F.2d 993 (9th Circ. 1986), p. 995. On trouve la date de son introduction dans l'opinion dissidente en appel du juge Nelson, *Republic of the Philippines v. Marcos*, 818 F.2d 1473 (9th Circ. 1987), égal. publ. dans 81 I.L.R. 609, et annoté dans 81 A.J.I.L. 949 (1987), *rev'd en banc*, 862 F.2d 1355 (9th Circ. 1988), égal. publ. dans 81 I.L.R. 609, pp. 642 et s., *cert. den.*, 490 U.S. 1035, 109 S.Ct. 1933, et 104 L.Ed.2d — (1989), ici 818 F.2d, p. 1498.

<sup>573</sup> 818 F.2d, p. 1476.

<sup>574</sup> *Id.* L'action ainsi introduite « prenait le relais » de celles que les avocats de la République des Philippines avait pensé introduire devant les juridictions fédérées de Californie, en revendications de plusieurs propriétés à Beverly Hills que possédaient la plus jeune soeur de l'ancien président et son ancienne maîtresse, Dovie Beams (*Los Angeles Daily Journal*, 7 et 10 mars 1986).

<sup>575</sup> Ramon Azurin et Gregorio Araneta étaient accusés d'avoir, en qualité de courtiers (« agents ») de M. Marcos, introduit sur le territoire des États-Unis les caisses remplies d'or, de bijoux, de titres et de devises emportées du palais de Malacanang. Antonio Floriendo et Diosdado Ordóñez, ainsi que les sociétés Calno Holdings, N.V., Krodo Properties, N.V. et Al Djebel Corp., étaient impliqués dans l'acquisition de l'immeuble de Beverly Hills. Aucun grief particulier n'était enfin formé, en cette action, contre Ancor Holdings, N.V. (818 F.2d, pp. 1476-1477).

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 1477.

La demande fut directement portée devant les juridictions fédérales. Celle-ci, qui apparaissait juridiquement plus « élaborée » que celle qu'avait introduite contre l'ex-Shah la République islamique d'Iran, se donnait pour fondement principal la violation du R.I.C.O. Elle alléguait que, pendant la présidence de M. Marcos, le gouvernement philippin lui-même était devenu une *racketeer-influenced enterprise*, une association de malfaiteurs, engagée dans un ensemble d'activités frauduleuses, incluant des faits de faux en écriture, de recel, et d'investissement et de commercialisation, sur le territoire des États-Unis, des produits du vol<sup>577</sup>. Les Philippines soutenaient qu'en sa qualité de chef de l'État, M. Marcos avait abusé de la confiance du peuple philippin, et qu'il ne s'était maintenu au pouvoir qu'au prix de fausses déclarations. M<sup>me</sup> Marcos avait fait de même en sa qualité de gouverneur de Manille<sup>578</sup>.

Le R.I.C.O. ne permettant pas l'octroi d'un *injunctive relief*<sup>579</sup>, la république demanderesse ajoutait aux griefs formés en droit fédéral quelque huit chefs de demande fondés sur le droit fédéré de l'État de Californie<sup>580</sup> : celui-ci autorisait les Philippines à revendiquer, comme l'avait fait l'Iran, l'établissement d'un inventaire du patrimoine des défendeurs (*accounting*), l'imposition d'un *constructive trust* sur l'ensemble de ce patrimoine et, à titre de mesure avant dire droit, l'imposition d'une *preliminary injunction* gelant ce patrimoine, en quelque pays qu'il se trouve.

---

<sup>577</sup> « [T]he Philippines existed as a sovereign government and thus constituted a RICO « enterprise » (...). Defendants conducted or participated (...) in the conduct of the affairs of the Philippines through a pattern of racketeering activity (...) » (*ibid.*, pp. 1476 et 1479). Les Philippines insistèrent particulièrement sur le fait que les Marcos avaient utilisé le territoire américain afin de dissimuler le produit de leurs infractions. Le R.I.C.O. s'appliquait donc, bien que les détournements eux-mêmes eussent trouvé place aux Philippines (*ibid.*, p. 1479).

<sup>578</sup> « Mr. Marcos represented on countless occasions to the Philippines and its people that he was governing and would govern fairly and honestly, pursuant to his oath of office and the Constitution and Laws of the Philippines (...). Mrs. Marcos [as Governor of Manila] made similar representations of honesty, integrity and willingness to act within and not above the laws to the people of the Philippines residing in Manila (...). Plaintiff [the Republic] relied to its detriment on the representations of Mr. and Mrs. Marcos, and their accomplices, by permitting them to remain in position of power and authority for twenty years (...). Mr. Marcos as President, and Mrs. Marcos as Governor of Manila, occupied positions of trust and confidence as to the government and people of the Philippines (...). Mr. and Mrs. Marcos breached that trust and confidence by committing numerous acts of fraud, deceit, conversion, civil conspiracy, acts of racketeering, and other unlawful acts (...) » (*ibid.*, p. 1476).

<sup>579</sup> *Ibid.*, p. 1480. Adde l'opinion dissidente du juge Nelson (*ibid.*, p. 1500), l'arrêt de révision *en banc*, 862 F.2d, pp. 1359-1360, et l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente du juge Schroeder, auquel s'était joint le juge Canby, sous ce dernier arrêt, *ibid.*, p. 1365.

<sup>580</sup> Il s'agissait des théories de la *conversion*, *fraud and deceit*, de la *constructive fraud*, du *constructive trust*, du *breach of implied contract*, du *quiet title*, de l'*accounting* et de la *subrogation* (*ibid.*, p. 1359).

Comme dans le cas des immeubles new-yorkais, l'examen de ce litige se limita au stade préliminaire de l'octroi d'une *injunction*.

b) L'octroi d'une *preliminary injunction*

À la différence de ce qu'il avait fait dans le cas des avoirs saisis en douane lors de l'arrivée de M. Marcos à Hawaï et dans celui des immeubles new-yorkais, le département d'État s'abstint d'indiquer à la Cour la solution que commandait à son estime la conduite de la politique étrangère des États-Unis.

i. La Cour de district

Cette circonstance n'influença guère la Cour de district, dans son ordonnance prononcée le 25 juin 1986<sup>581</sup>. La Cour commença par confirmer sur la base du *R.I.C.O.* la compétence matérielle (*subject matter jurisdiction*) des juridictions fédérales<sup>582</sup>. Elle considéra ensuite que la demande présentait une « probability of success on the merits », et que la république demanderesse subirait, si les défendeurs dilapidaient leur patrimoine, un préjudice irréparable suffisants pour accorder à la demanderesse, moyennant le paiement d'une caution de cent mille dollars, une *preliminary injunction* gelant, pendant le temps nécessaire à l'examen de la demande, les avoirs détenus « anywhere in the world by or on behalf of the Marcoses »<sup>583</sup>. À la différence des juges

<sup>581</sup> Cf. 818 F.2d, p. 1477.

<sup>582</sup> La théorie de la *pendent jurisdiction* lui permettait d'étendre cette compétence aux demandes connexes que la République des Philippines fondait sur le droit fédéré (voy. sur ce point 862 F.2d, pp. 1359-1360, et l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente du juge Schroeder, auquel se joignit le juge Canby, *ibid.*, p. 1367).

<sup>583</sup> Cf. 818 F.2d, p. 1477. La Cour considéra que la crainte d'un préjudice irréparable était établie, même si la république demanderesse n'avait pour l'heure entrepris aucune tentative pour saisir les biens des défendeurs (*id.*). Dans son opinion dissidente sous cette décision, le juge Nelson rapporta que l'*injunction* permettait aux Marcos de faire face aux frais d'avocat et au coût normal de la vie. Il leur suffisait à cette fin de notifier aux Philippines, dans un délai de vingt-quatre heures, le montant qui devait à ces fins être mis à leur disposition (*ibid.*, p. 1502; voy. égal. l'arrêt de révision *en banc*, 862 F.2d, p. 1362).

new-yorkais appelés à connaître de la demande présentée par l'Iran contre l'ancien Shah, la Cour n'accorda aucune importance à l'argument, soulevé par M. et M<sup>me</sup> Marcos, du *forum non conveniens* : elle n'y répondit même pas <sup>584</sup>.

Les défendeurs firent immédiatement appel. Ils arguaient d'abord que les juridictions fédérales ne trouvaient dans le *R.I.C.O.* aucune base de compétence matérielle au regard des juridictions fédérées. Ils soutenaient ensuite que la *preliminary injunction* était, au fond, injustifiée : la demande ne présentait pas une « probability of success on the merits » suffisante, les Philippines ne risquaient pas de subir un dommage irréparable — les Marcos s'étant engagés à geler leurs avoirs pour permettre à la république d'agir devant les tribunaux philippins —, et l'*injunction* était « far too broad », s'étendant à des biens qui n'avaient aucun lien avec la demande pendante en droit fédéré <sup>585</sup>.

## ii. Le panel de la Cour du neuvième circuit

La Cour du neuvième circuit commença par confirmer que le *R.I.C.O.* suffisait en l'espèce à établir, *prima facie*, la compétence matérielle des juridictions fédérales : la demande des Philippines ne pouvait sur ce point être considérée comme « wholly insubstantial and frivolous » et elle articulait des faits — de « mail fraud » et de « transportation of stolen property across international borders » — qui, survenus sur le territoire des États-Unis, « would clearly violate U.S. law » <sup>586—587</sup>.

<sup>584</sup> Cf. 862 F.2d, p. 1361.

<sup>585</sup> 818 F.2d, p. 1477.

<sup>586</sup> *Ibid.*, pp. 1478-1479. La question de savoir si les faits de vols ou de détournements « primaires » ou « originels », survenus sur le territoire de l'État philippin, suffisaient quant à eux à déclencher l'application du *R.I.C.O.* pouvait rester provisoirement sans réponse : elle serait résolue ultérieurement, à l'occasion de l'examen du fond, « [w]hen all is said and done ». *Prima facie*, cette question ne pouvait priver les juridictions fédérales de leur « subject matter jurisdiction » (*ibid.*, p. 1479).

<sup>587</sup> Selon l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente du juge Holcomb Hall, par contre, y avait lieu, pour juger de l'applicabilité du *R.I.C.O.*, de mener un « « effects » test » destiné à mesurer l'atteinte portée par les comportements incriminés à l'économie des États-Unis : « (...) in order to maintain a lawsuit under RICO, a plaintiff must demonstrate that the transactions in question adversely affected the economy of the United States ». Or en l'espèce, estimait le juge, « [t]he complaint (...) fails to make the requisite allegations of harm to the economy of the United States (...) » (*ibid.*, p. 1491). Révisant

La Cour suivit cependant l'argumentation des défendeurs, selon laquelle la demande ne présentait pas une probabilité suffisante de succès sur le fond pour justifier l'octroi d'une *preliminary injunction*. En l'espèce en effet, souligna-t-elle, la demande ne tendait pas, comme dans le cas des immeubles new-yorkais, à obtenir « the recovery or freezing of [a] specific property » prétendument détournée par les défendeurs<sup>588</sup>. Elle était fondée sur l'allégation que pratiquement toute la fortune de ceux-ci avait été illégalement acquise<sup>589</sup>, et le seul moyen de preuve avancé était, conformément à la section 9 des *Rules and regulations* de la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête<sup>590</sup>, une « net worth analysis » selon laquelle la fortune de l'ancien président n'avait pu légalement passer de soixante mille dollars en 1966, date à laquelle l'ancien président était entré en fonctions, à plus de un milliard cinq cent millions vingt ans plus tard, alors que le salaire annuel que M. Marcos avait déclaré à l'administration fiscale était de trois cent trente-sept milles dollars<sup>591</sup>. La Cour s'abstint de se prononcer à ce stade préliminaire sur le bien-fondé de ce mode de preuve. Mais elle souligna que la voie adoptée faisait de la demande une dénonciation

---

sa décision *en banc*, la Cour ne parut pas se départir totalement de cet « effects » test », puisqu'elle jugea, pour justifier l'application du *R.I.C.O.*, que « [t]he effect on the commerce of the United States of engaging in mail or wire fraud or bringing stolen property into the country » était en l'espèce « palpable » (862 F.2d, p. 1358). La « théorie des effets », économiquement entendue, fut plus expressément rejetée dans l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente des juges Schroeder et Canby sous cette dernière décision. Selon cette opinion, le *R.I.C.O.* incriminait le crime organisé, non seulement à raison de ses conséquences sur l'économie nationale des États-Unis, mais plus généralement à raison de son incidence sur « our democratic processes, our domestic security and our general welfare » (*ibid.*, p. 1366).

<sup>588</sup> 818 F.2d, p. 1475.

<sup>589</sup> L'italique se trouve dans le texte de la décision : « (...) practically *all* of the Marcoses' wealth was obtained illegally » (*ibid.*, p. 1481).

<sup>590</sup> Aux termes de cette disposition, elle-même inspirée de la section 2 du *Republic Act* No. 1379 du 18 juin 1955 connu sous le nom d'UNEXPLAINED WEALTH ACT, cité ci-dessus, note 201, « [a]ny accumulation of assets, properties and other material possessions of those persons covered by Executive Order Nos. 1 and 2, whose value is out of proportion to their known lawful income is *prima facie* deemed ill-gotten wealth » (cité par S. V. CUEVAS JR., « The Philippine Commission... », *op. cit.* in 61 *Philippine L. Journ'l*, p. 96). La section 2 de l'UNEXPLAINED WEALTH ACT dispose : « [w]hensoever any public officer or employee has acquired during his incumbency an amount of property which is manifestly out of proportion to his salary as such public officer or employee and to his other lawful income and the income from legitimately acquired property, said property shall be presumed *prima facie* to have been unlawfully acquired » (texte dans J. N. NOLLEDO, *The New Constitution of the Philippines...*, *op. cit.*, p. 1251).

<sup>591</sup> 818 F.2d, p. 1481. Les chiffres exacts d'une fortune actuelle alléguée de un milliard cinq cent cinquante millions de dollars et d'un revenu annuel de trois cent trente-sept mille quatre cent vingt-neuf dollars figurent dans l'opinion dissidente du juge Nelson, *ibid.*, pp. 1498 et 1501, et l'arrêt de révision *en banc*, 862 F.2, p. 1363.

systématique du mode de gouvernement de M. Marcos pendant qu'il était au pouvoir. Pareille demande exigeait des juges saisis l'examen de la légalité de ce mode de gouvernement au regard du droit philippin<sup>592</sup>. Elle imposait de plus à la Cour de s'immiscer dans la conduite de la politique étrangère des États-Unis. En particulier, « (...) it could well embarrass the United States for the court to hold, as plaintiff would have us do, that a foreign government that the United States recognized and considered its ally for many years, with which it entered into various treaties and otherwise had extensive dealings, was actually a criminal enterprise under our law »<sup>593</sup>. Pareille demande était tenue en échec par les doctrines de l'*Act of State* et de la *political question*<sup>594</sup>.

La Cour ne fut sensible à aucun des arguments qui, une année auparavant, avaient permis à la Cour du district méridional de New-York et à la Cour du deuxième circuit, saisies de l'action en revendication des immeubles sis en cette ville, d'écarter le moyen de l'*Act of State*. S'appuyant sur les décisions rendue par la Cour du deuxième circuit dans *Banco de España v. Federal Reserve Bank*<sup>595</sup>, elle souligna d'abord que l'illégalité, au regard du droit philippin, des agissements reprochés à M. Marcos n'ôtaient pas à ceux-ci le caractère d'*Act of State* : « [s]ince the Act of State doctrine prohibits inquiry into the legality of official governmental acts, such acts surely cannot be official only if they are legal. This theory, if accepted, would emasculate the Act of State doctrine »<sup>596</sup>. Appelée à considérer le fait que M. Marcos avait agi, non dans la poursuite du bien public, mais « for venal, immoral or selfish purposes » et « for his own personal gain », elle affirma ensuite que la doctrine de l'*Act of State* ne permettait pas que la Cour examinât les mobiles qui avaient guidé le chef d'un État étranger dans l'accomplissement d'actes « identified as governmental in character »<sup>597</sup> : si M. Marcos, jugea-t-elle, s'était effectivement enrichi, ce n'était pas seulement par le biais d'actes « amount[ing] to

---

<sup>592</sup> 818 F.2d, pp. 1479-1480, puis, plus loin : « (...) the court will have to adjudicate whether Marcos' actions as President were lawful under Philippine law » (*ibid.*, p. 1482).

<sup>593</sup> *Id.*

<sup>594</sup> *Ibid.*, pp. 1481 à 1489.

<sup>595</sup> *Supra*, note 482.

<sup>596</sup> 818 F.2d, pp. 1483-1484.

<sup>597</sup> « The governmental acts of a country's chief executive necessarily reflect complex political and policy choices. That one of the motives behind a particular governmental act may have been selfish, or that it was intended to serve otherwise improper ends, does not make that act any less a pronouncement of the sovereign or render it any less entitled to respect as such from other government » (*ibid.*, p. 1485).

nothing more than common fraud or theft accomplished without the exercise of governmental authority » — actes, souligna-t-elle, qui seraient dans le cas de M. Marcos peu nombreux —, mais aussi, et principalement, par le biais d'« activities that Marcos could only have undertaken pursuant to his power as President of the Philippines : expropriation of private property; creating public monopolies; [et, citant la *declaration* signée par M. Rafael Fernando à l'appui de la demande], « grant[ing] government favors, contracts, licenses, loans, and other public benefits » »<sup>598</sup>. Sans doute, M. Marcos avait quitté le pouvoir, et c'était l'État même qu'il avait gouverné qui l'attaquait en justice. Le danger d'immixtion du pouvoir judiciaire dans la conduite par le pouvoir exécutif des relations étrangères des États-Unis s'en trouvait émoussé. Mais il formait seulement l'un des fondements de la théorie de l'*Act of State*<sup>599</sup>. Et à supposer qu'il fût le seul, il ne permettait pas à la Cour de prendre position dans le litige, d'ordre politique, entre deux factions rivales qui, avec d'autres, se disputaient la présidence des Philippines<sup>600</sup> : « [a]bsent express encouragement from the political branches of our government (...), we are reluctant to embark upon such an endeavor »<sup>601</sup>.

La *political question doctrine* achevait, au jugement de la Cour d'ôter à la demande toute probabilité de succès sur le fond. Le litige, déclara-t-elle, ne pouvait trouver aucune solution en droit, car M. Marcos était à l'époque de la loi martiale un « dictateur », c'est-à-dire « a ruler holding absolute authority », et comme tel « (...) subject to no legal constraints, only physical and political ones »<sup>602</sup>.

Le rejet de la demande sur la base des théories de l'*Act of State* et de la *political question* dispensa la Cour d'examiner si les États-Unis formaient un *appropriate forum*

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 1479.

<sup>599</sup> *Ibid.*, p. 1486.

<sup>600</sup> « Mr. Marcos and President Aquino represent only two of the competing political factions engaged in a struggle for control of the Philippines. While the struggle seems to be resolving itself in favor of President Aquino, this may not be the end of the matter. Only four years ago, the table were turned, with Mr. Marcos in power and Mrs. Aquino and her husband in exile in the United States. While we are not in a position to judge these things, we cannot rule out the possibility that the pendulum will swing again (...) » (*id.*).

<sup>601</sup> *Ibid.*, pp. 1486-1487 (citation omise). Ce motif permit à la Cour de s'écarter de la décision rendue par la Cour du deuxième circuit dans *Jimenez v. Aristeguieta* (*supra*, note 457) — espèce dans laquelle le pouvoir politique avait clairement fait connaître son intention de déroger à la théorie de l'*Act of State* et de permettre la « judicial review » des actes des fonctionnaires publics étrangers, par le biais du traité d'extradition signé avec les autorités vénézuéliennes (818 F.2d, p. 1485, note 12).

pour en connaître. Il est permis cependant d'inférer de certains attendus qu'elle était prête à répondre à cette question par la négative <sup>603</sup>.

La décision suscita de vives réactions, de nombreux auteurs déplorant qu'en ce litige beaucoup plus important pour les Philippines que celui des immeubles new-yorkais, la justice américaine ait couvert les agissements délictueux de M. Marcos <sup>604</sup>. Le juge Nelson rassembla en une opinion dissidente la presque totalité des arguments qui, à l'estime de ces auteurs, militaient en faveur de l'accueil de la demande : M. et M<sup>me</sup> Marcos n'avaient posé que des actes de caractère privé et non officiel <sup>605</sup>; ignorant l'enseignement de l'arrêt rendu dans l'affaire des immeubles new-yorkais, la Cour avait omis qu'il appartenait à ceux qui se prévalaient de la théorie de l'*Act of State* de rapporter la preuve de son application <sup>606</sup>; enfin, méconnaissant que M. et M<sup>me</sup> Marcos n'étaient plus au pouvoir, qu'ils étaient assignés par l'État qu'ils avaient dirigé, et que le département d'État avait, en d'autres occasions, fait connaître sa sympathie pour les demandes présentées par la République des Philippines, la Cour avait sacrifié à l'hypothétique interférence avec la conduite des relations étrangères qu'aurait provoqué l'accueil de la demande, le « certain, immediate embarrassment in our

<sup>602</sup> « (...) [N]o legal restraints can prevail against dictatorial power » (*ibid.*, p. 1489).

<sup>603</sup> Ainsi la Cour souligna-t-elle à de nombreuses reprises que le litige qui lui était soumis différait de celui qui avait été présenté à la Cour du deuxième circuit parce que la République des Philippines n'y cherchait pas à obtenir une *preliminary injunction* à l'appui d'une procédure entamée aux Philippines, mais sollicitait des juges américains un jugement définitif au fond (818 F.2d, pp. 1487-1488). Dans son opinion dissidente, le juge Nelson considéra qu'après le rejet de la défense de l'*Act of State*, il appartiendrait à la Cour de district de décider si elle devait ou non décliner sa compétence au profit d'un tribunal philippin (*ibid.*, p. 1497, note 7 *in fine*, et p. 1502).

<sup>604</sup> J. P. BALAZS, « *Republic of Philippines v. Marcos : The Act of State Doctrine As a Defense to Civil Liability for Former Officials of Foreign Governments* », 6 *UCLA Pacific Basin Law Journ.* 134 (1989), pp. 136 à 142; J. P. MEAGHER, « *Act of State and Sovereign Immunity : The Marcos Cases* », 29 *Harv. Int'l L. Journ.* 127 (1988), pp. 132 à 134; A. C. ROBITAILLE, « *The Marcos Cases...* », *op. cit.* in 9 *B. C. Third W. L. Journ.*, pp. 88 à 101; J. SCHMITZ, « *Through the Past, Darkly : A Re-examination of the Act of State Doctrine in Republic of Philippines v. Marcos* », 18 *Southw. U. L. Rev.* 255 (1989), pp. 277 à 279, et T. A. SUNDACK, « *Republic of Philippines v. Marcos : The Ninth Circuit Allows a Former Ruler to Invoke the Act of State Doctrine Against a Resisting Sovereign* », 38 *Am. Un. L. Rev.* 225 (1988), pp. 247 à 254. Comp., pour une appréciation positive, V. K. TERVALA, « *Ferdinand Marcos and the Act of State Doctrine : An Analysis of Republic of the Philippines v. Marcos* », 13 *Md. Journ. of Int'l L. & Trade* 127 (1988), pp. 127 à 144, qui critique plutôt la décision rendue par la Cour du deuxième circuit dans l'affaire des immeubles new-yorkais.

<sup>605</sup> « (...) the majority all but ignores the private, unofficial character of the challenged acts and appears to embrace the sweeping position that the acts of a dictator are necessarily official and insulated from judicial review » (818 F.2d, pp. 1492-1495).

<sup>606</sup> « The majority's assertion that Marcos is a « dictator » eviscerates the defendants' burden of establishing the applicability of the defense to particular acts » (*ibid.*, p. 1495).



relations with the current Philippines government if our courts were to shut the door to the Philippines' request (...) » <sup>607</sup>.

« [C]ontrary to [the Court's] position », soulignèrent ces auteurs en se plaçant, comme la Cour, au niveau des *conséquences politiques* du prononcé, « it seems less troublesome for the United States to admit its mistake in supporting a corrupt dictator than to allow a former government official to evade both international and United States laws » — dès lors surtout que pareil prononcé était préjudiciable à l'État étranger qui avait saisi leurs tribunaux <sup>608</sup>. La critique fondamentale, dit M<sup>me</sup> Schmitz, n'était pas là. Elle était que la Cour, comme semble-t-il, ces auteurs mêmes, avaient galvaudé les théories de l'*Act of State* et de la *political question* en considérant qu'elles autorisaient, voire conduisaient la Cour, pour apprécier sa compétence, à spéculer sur les *conséquences politiques* de sa décision — alors que seule importait, de ce point de vue, la *nature* du litige — en dehors de toute interrogation sur les suites politiques de l'intervention juridictionnelle <sup>609</sup>.

### iii. La Cour du neuvième circuit en banc

Ce concert de critiques explique sans doute que la Cour ait, à l'occasion d'une demande de *rehearing en banc*, sollicité du département d'État un *Brief of Amicus Curiae* sur la question de l'*Act of State* <sup>610</sup>, qui la conduisit à revenir *en banc* sur sa décision. Considérant qu'elle était un « pragmatic device » destiné à prévenir toute implication du pouvoir judiciaire dans la conduite des relations étrangères de l'État, la Cour jugea que l'*Act of State* n'était pas un « magic word[...] » permettant à un ancien dictateur

<sup>607</sup> *Ibid.*, p. 1496.

<sup>608</sup> J. P. BALAZS, « *Republic of Philippines...* », *op. cit.* in 6 *UCLA Pacific Basin Law Journ.*, p. 138; A. C. ROBITAILLE, « *The Marcos Cases...* », *op. cit.* in 9 *B. C. Third W. L. Journ.*, pp. 99 à 101; T. A. SUNDACK, « *Republic of Philippines...* », *op. cit.* in 38 *Am. Un. L. Rev.*, pp. 251-252.

<sup>609</sup> J. SCHMITZ, « *Through the Past...* », *op. cit.* in 18 *Southw. U. L. Rev.* 255, p. 281.

<sup>610</sup> Ce *Brief* exposait que le gouvernement américain ne voyait en l'espèce aucune matière à l'application de l'*Act of State* (862 F.2d, p. 1361). Un large extrait en figure dans l'opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente du juge Schroeder, auquel se joignit le juge Canby (*ibid.*, pp. 1370-1371).

d'échapper à son obligation de rendre des comptes <sup>611</sup>. Son opinion était nuancée, et réservait l'avenir : « [t]he Act of State doctrine, the Executive declares, has « no bearing » on this case as it stands. As the doctrine is a pragmatic one, we cannot exclude the possibility that, at some later point in the development of this litigation, the Marcoses might produce evidence that would warrant its application ». Mais, « [o]n the present record, the defense [did] not apply » <sup>612</sup>. La *political question doctrine* ne trouvait pas davantage à s'appliquer : « [b]ribetaking, theft, embezzlement, extortion, fraud, and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proofs that do not involve political questions ». « Although sometimes criticized as a ruler and at times invested with extraordinary powers, Ferdinand Marcos does not appear to have had the authority of an absolute autocrat. He was not the state, but the head of the state, bound by the laws that applied to him » <sup>613</sup>.

Ayant écarté les théories de l'*Act of State* et de la *political question*, la Cour dut, à titre subsidiaire, examiner le moyen tiré par les défendeurs de ce que l'*injunction* imposée par la Cour de district était « far too broad ». Ce n'était pas difficile : il lui suffit de prendre acte qu'elle était dirigée non *in rem* mais *in personam*; qu'elle avait pour unique objet d'adresser un commandement à des personnes, en l'espèce de ne pas se dessaisir de leurs biens, pour conclure que « there is no reason to be concerned about its territorial reach » <sup>614</sup>. Dès l'instant, enfin, que la demande présentait une « probability of success on the merits », que les Philippines risquaient à son défaut de subir un préjudice irréparable, et que la « balance of hardship » penchait en sa faveur <sup>615</sup>, la Cour confirma la *preliminary injunction* ordonnée par le premier juge.

---

<sup>611</sup> « (...) [T]he classification of « Act of State » is not a promise to the ruler of any foreign country that his conduct, if challenged by his own country after his fall, may not become the subject of scrutiny in our courts. No estoppel exists insulating a deposed dictator from accounting. No guarantee has been granted that immunity may be acquired by an ex-chief magistrate invoking the magic words « Act of State (...) » (*ibid.*, p. 1360).

<sup>612</sup> *Ibid.*, p. 1361.

<sup>613</sup> Et, citant *Jimenez v. Aristeguieta* (*supra*, note 457) : « [o]ur courts have had no difficulty in distinguishing the legal acts of a deposed ruler from his acts for personal profit that lack a basis in law » (*ibid.*, p. 1361).

<sup>614</sup> *Ibid.*, p. 1364.

<sup>615</sup> *Ibid.*, pp. 1362-1363.

Le rejet, apparemment catégorique, du moyen tiré de l'*Act of State* fut déforcé par l'existence d'une importante opinion partiellement dissidente, qui insista sur le fait que le département d'État avait, en termes d'*Amicus Curiae*, simplement entendu signifier qu'il était trop tôt, à ce stade préliminaire de l'examen du litige, pour se prononcer sur le bien-fondé de ce moyen de défense. Il pouvait donc triompher ultérieurement pour les agissements pour lesquels M. et M<sup>me</sup> Marcos viendraient à prouver qu'ils avaient le caractère d'actes officiels, accomplis dans l'exercice de leurs pouvoirs souverains <sup>616</sup>.

Confrontés à la question de l'étendue territoriale de l'*injunction*, les juges dissidents revinrent en outre sur la question du partage des compétences entre les juridictions fédérales et fédérées nord-américaines. Ils rappelèrent qu'une *preliminary injunction* ne pouvait être octroyée que dans le cadre de la *pendent jurisdiction* de la Cour — de son pouvoir de connaître, à côté des demandes fondées sur le droit fédéral, des *pendent claims* présentées sur la base du droit fédéré. Celui-ci seul en effet autorisait l'octroi d'un *injunctive relief* <sup>617</sup>. Or en droit fédéré, estimèrent-ils, la République des Philippines n'avait encore montré, ni que les biens que M. Marcos avait acquis sur le territoire d'autres États que les États-Unis, comme la Suisse, provenaient du trafic frauduleux qui, violant le R.I.C.O., formait la base de la *subject matter jurisdiction* de la Cour, ni qu'une Cour siégeant en Californie était mieux placée qu'un tribunal suisse ou philippin pour statuer sur la revendication d'une propriété volée aux Philippines et importée en Suisse — de sorte que le litige devait, à l'opinion de ces juges, être renvoyé devant la Cour de district pour qu'elle examine l'étendue qu'il convenait de donner, en droit fédéré, à la *preliminary injunction* <sup>618</sup>.

Ce dernier argument avait des relents de *forum non conveniens*. Au vrai, la Cour avait rejeté ce dernier moyen assez laconiquement, jugeant qu'en refusant de rejeter la demande sur sa base, la Cour de district n'avait, « [o]n the present record », pas abusé de sa discrétion <sup>619</sup>. L'opinion dissidente, prenant appui sur les termes du *Brief of*

---

<sup>616</sup> *Ibid.*, pp. 1370-1371.

<sup>617</sup> *Supra*, note 579.

<sup>618</sup> 862 F.2d, p. 1371.

<sup>619</sup> *Ibid.*, p. 1361.

*Amicus Curiae* des États-Unis <sup>620</sup>, manifesta par contre que cette question n'était nullement pacifiée : « [t]o decide the merits of the pendent claims, the district court would have to unravel all of the Marcoses' financial transaction over a long period of time and over much of the globe. It would take a corps of historians years to accomplish the task. We are not yet told why a single district judge in California should undertake it » <sup>621</sup>.

### c) Les suites de la procédure

Le litige ne fut jamais examiné au fond. Une transaction, conclue au mois d'octobre 1991 entre la République des Philippines, M<sup>me</sup> Marcos et les héritiers de M. Marcos, y mit fin prématurément. Cette transaction, qui comportait la restitution aux Philippines d'une partie des avoirs que l'ancien couple présidentiel possédait aux États-Unis — parmi lesquels figuraient, à l'exception de quelques effets personnels, l'or, les bijoux, les titres et les devises saisis en 1986 par les douanes d'Honolulu et les sommes qui se trouvaient sur les comptes ouverts à Los Angeles auprès de la Lloyds Bank —, conduisit, le 4 novembre suivant, la République des Philippines à se désister de la demande qu'elle avait introduite — les parties étant convenues de poursuivre « out of court » leurs négociations sur le partage du solde de la fortune de l'ancien dictateur <sup>622</sup>.

Pas plus en Californie qu'en Suisse, la « saga » judiciaire des « fonds Marcos » n'allait s'arrêter là. Dès le 19 novembre 1991 en effet, les victimes de la dictature qui, au lendemain de l'arrivée de M. et M<sup>me</sup> Marcos à Hawaï, avaient saisi les juridictions

---

<sup>620</sup> Aux termes duquel « [t]he court's capacity to [adjudicate the bulk of the nonfederal claims] fairly and expeditiously and without offending the sensibility of other nations cannot be resolved on this record. Adjudication in this district court may turn out to be barred by considerations of international comity and *forum non conveniens* » (*ibid.*, p. 1370).

<sup>621</sup> *Ibid.*, p. 1371.

<sup>622</sup> Voy. à ce sujet *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation* (*Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos, Republic of the Philippines*), Civ. Nos. 94-16739 et 95-15259 (9th Circ. Aug. 22, 1996), p. 7, notes 2 et 3. La villa de Beverly Hills fut apparemment restituée au gouvernement philippin dès le mois de juillet 1990, après qu'Adnan Khashoggi, qui faisait avec M<sup>me</sup> Marcos partie des défendeurs au procès pénal introduit devant la Cour du district méridional de New-york ait renoncé à ses revendications sur cette villa (« The Story... », *op. cit.* in *Kasarinlan*, vol. 6 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> trim. 1990), p. 121).

fédérales de Hawaï et de Californie du Nord d'actions tendant au versement par M. Marcos, et, au lendemain de son décès, par l'*estate* de celui-ci, de *compensatory* et de *punitive damages* <sup>623</sup>, obtinrent de la Cour de district de Hawaï le « rétablissement » de la *preliminary injunction* gelant le patrimoine de M. Marcos, afin de garantir, cette fois, le paiement des condamnations qui seraient prononcées contre lui <sup>624</sup>. Elles tentèrent, sur la base de cette *injunction*, qu'un *final judgment* du 3 février 1995 rendit *permanent* <sup>625</sup>, de s'opposer à toute transaction ultérieure par laquelle la République des Philippines conviendrait avec les héritiers de M. Marcos d'un partage de la fortune de l'ancien président, et revendiquèrent à leur tour le droit d'être associées à pareil partage.

Ces tentatives, déjà évoquées, ne furent que partiellement couronnées de succès. Elles ne purent faire obstacle ni à l'exécution de la transaction conclue au mois d'octobre 1991, et qui, semble-t-il, avait été immédiatement exécutée, ni même à celle de deux transactions additionnelles, conclues au mois de juin 1992 par la République des Philippines, M<sup>me</sup> Marcos, et les héritiers de l'ancien président, et dont l'existence ne fut révélée qu'au mois de juillet 1994. La première portait sur la restitution à la République des Philippines des tableaux de la « Samuels Collection » pour être exposés au Musée National des Philippines à Manille <sup>626</sup> — il apparut par la suite que beaucoup étaient faux, M<sup>me</sup> Marcos, qui « achetait ses tableaux comme ses chaussures et ses bijoux : avec extravagance », ayant été elle-même abusée par des escrocs <sup>627</sup>... La seconde contenait un engagement de principe de partager entre la République des

<sup>623</sup> *Supra*, note 302.

<sup>624</sup> *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation*, 25 F.3d 1467 (9th Circ. 1994), égal. publ. dans 104 I.L.R. 119, *cert. den.*, — U.S. —, 115 S.Ct. 934, et 130 L.Ed.2d 879 (1995).

<sup>625</sup> *Maximo Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos and Imelda R. Marcos; Ferdinand R. Marcos*, Civ. Nos 95-16487 et 95-16145 (9th Circ. Dec. 17, 1996), p. 5.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 9. Quatre des tableaux revendiqués par la République des Philippines, qui avaient été déposés entre les mains d'un courtier new-yorkais, furent vendus et le prix en fut distribué entre M<sup>me</sup> Marcos et la République des Philippines, conformément à un *order* de la Cour du district méridional de New-york, après que M<sup>me</sup> Marcos soit intervenue à la cause. Il y avait là deux Renoirs, un Matisse et un Braque, dont la valeur était estimée à quelque cinq millions de dollars (*Cohen v. Republic of the Philippines*, 146 F.R.D. 90 (S.D.N.Y. 1993), pp. 90-91, note 1, et, sur le sort de cette action, Civ. Nos 95-16487 et 95-16145 (9th Circ. Dec. 17, 1996), p. 5, note 3). L'on veut croire que la transaction a scellé le sort d'une autre action, dans laquelle la République des Philippines et une représentante de M<sup>me</sup> Marcos se disputaient la propriété de six tableaux attribués principalement à des maîtres flamands et hollandais des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, et qui avaient été déposés entre les mains de Sotheby's à New-york (*Sotheby's Inc. v. Garcia*, 802 F. Supp. 1058 (S.D.N.Y. 1992)).

<sup>627</sup> « She bought paintings (Monets, Picassos and Renoirs) the way she bought shoes and jewellery, in reckless sprees » (« A fool and her Monet are soon parted... », *Far Eastern Economic Review*, p. 83).

Philippines, M<sup>me</sup> Marcos et les héritiers de l'ancien président le solde des avoirs situés à l'étranger <sup>628</sup>.

La troisième transaction est connue. C'est celle du 28 décembre 1993, qui établissait la clé de répartition selon laquelle ce partage devait être effectué : 75 % des avoirs étrangers dépendant de la succession de M. Marcos devaient revenir à la République des Philippines; les 25 % restant à M<sup>me</sup> Marcos et aux héritiers de son défunt mari, sous le bénéfice d'une totale exemption d'impôts. Les Philippines s'engageaient en contrepartie à se désister de « all legal proceedings against the Estate and Marcos heirs » <sup>629</sup>. Les victimes s'opposèrent avec succès à son exécution. Elles en obtinrent la remise *sine die*, après que M<sup>me</sup> Marcos et ses enfants eurent été jugés coupables de *contempt* pour avoir transigé avec un tiers — la République des Philippines — sur le sort d'avoirs faisant l'objet d'une *injunction* <sup>630</sup>. La République elle-même, accusée de se comporter en « agent, representative, aider or abettor » de l'*estate* de M. Marcos, échappa à toute condamnation, en raison de l'immunité de juridiction qui lui revenait dans la « poursuite » des avoirs de l'ancien dictateur <sup>631</sup>. Celle-ci, souligna la Cour, consistait en l'accomplissement d'un « mandat légal » (*legal mandate*); en l'exercice d'un « pouvoir de police » (*police power*); d'une activité « gouvernementale » et non simplement « commerciale » <sup>632</sup>. La République des Philippines n'avait, en outre, nullement renoncé à l'immunité que pareille activité lui conférait — ni en soumettant en son temps à la Cour un *Amicus Curiae Brief* à l'appui des revendications de certaines des victimes, ni en portant ses revendications devant les juridictions américaines, ni même par la ratification de la Convention des Nations unies contre la torture <sup>633</sup>.

<sup>628</sup> Civ. Nos 95-16487 et 95-16145 (9th Circ. Dec. 17, 1996), p. 9.

<sup>629</sup> L'on trouve le texte de la transaction, datée du 28 décembre 1993, dans *ibid.*, p. 10. Elle stipulait notamment que « the Marcos heirs agree[d] to cooperate with the Republic to effect the transfer of all monies held in accounts in Switzerland » (*id.*). L'on a vu ce qu'il en est advenu (*supra*, notes 406-407).

<sup>630</sup> Civ. No. 95-16487 (9th Circ. Dec. 17, 1996).

<sup>631</sup> Civ. Nos. 94-16739 et 95-15259 (9th Circ. Aug. 22, 1996), p. 16. Cet arrêt réforma une ordonnance rendue le 12 septembre 1994 par laquelle Cour de district, accédant à la demande des victimes, avait fait interdiction à la République « from entering into agreements with the Estate of former Philippine President Ferdinand Marcos to transfer to the Philippines assets of the Estate (...) » (*id.*, p. 5).

<sup>632</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>633</sup> *Id.*, pp. 17 et s.

L'on comprend que les décisions du neuvième circuit réformant les ordonnances enjoignant aux banques suisses détentrices de fonds d'en consigner le montant pour la satisfaction des victimes <sup>634</sup> ne suffisaient pas à sortir le contentieux de l'ornière : les parties étaient condamnées à une négociation trilatérale qui, à ce jour, n'a pas trouvé son terme <sup>635</sup>.

#### D. — REPUBLIC OF THE PHILIPPINES V. WESTINGHOUSE ELECTRIC CORPORATION

##### I. — LE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT...

M. et M<sup>me</sup> Marcos et leurs associés ou complices ne furent — le feuilleton s'avère décidément fort long — pas seuls à faire aux États-Unis l'objet d'une instruction pénale. Au moment où ils quittèrent le pouvoir, diverses enquêtes étaient en cours contre plusieurs entreprises américaines soupçonnées de s'être, à l'occasion de l'attribution de marchés publics, rendues à leur égard coupables de corruption active, en violation du *Foreign Corrupt Practices Act* (F.C.P.A.) <sup>636</sup>. À l'instar du procès fait à New-York à M. et M<sup>me</sup> Marcos eux-mêmes, ces enquêtes n'intéresseraient guère cette étude si n'avait été abordées, à leurs occasions, diverses questions intéressant le statut de l'ancien chef d'État, et si elles n'avaient offert une nouvelle occasion d'utilisation de l'*Executive Agreement on Procedures for Mutual Legal Assistance* par lequel les deux gouvernements s'étaient, au mois de juin 1986, accordés sur l'échange d'informations.

---

<sup>634</sup> *Supra*, note 308.

<sup>635</sup> *Supra*, note 206.

<sup>636</sup> Cette loi fédérale, votée en 1977, punit la corruption active, par les ressortissants américains, de fonctionnaires étrangers (Publ. L. No. 95-213, 91 Stat. 1494 (1977), amendé par l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, Publ. L. No. 100-418, title V, § 5003 (c), 102 Stat. 1107 (1988), p. 1419, et codifié sous 15 U.S.C., § 78 dd). Voy. not. S. J. LOCHNER, « The Criminalization of American Extraterritorial Bribery : the Effect of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 », 13 *N. Y. Un. Journ. Int'l L. & Pol.* 645 (1981), pp. 645 à 674; C. F. DUGAN et V. LECHTMAN, « The FCPA in Russia and Other Former Communist Countries », 91 *A.J.I.L.* 378 (1997), pp. 378 à 388, et, pour une application, *United States v. Liebo*, 923 F.2d 1308 (8th Circ. 1991), qui retint la responsabilité pénale d'un chef d'entreprise américain accusé d'avoir financé le voyage de noces d'un fonctionnaire nigérian capable, en raison de sa position élevée, d'influencer directement les décisions du président de ce pays.

Surtout, le Département de la Justice n'avait, dans le passé, pas hésité à comprendre dans les conditions d'un *plea bargain* la « restitution » par l'entreprise poursuivie d'une partie au moins de l'argent dont, par le grossissement de la facture, l'État étranger avait été « spolié »<sup>637</sup>. Il est permis de penser que le gouvernement philippin a pu profiter de transactions de cette nature, les poursuites américaines lui offrant l'occasion d'une « indemnisation » indirecte, à charge des entreprises poursuivies.

Il est difficile de faire l'inventaire des enquêtes ouvertes aux États-Unis contre des entreprises soupçonnées d'avoir versé des pots-de-vin à l'ancien président des Philippines — certaines étant demeurées relativement secrètes. La plus célèbre fut celle qu'un *grand jury* fédéral siégeant à Alexandrie, dans le district oriental de Virginie, avait ouvert contre diverses entreprises d'armement soupçonnées d'avoir versé plusieurs millions de dollars de pots-de-vin à l'ancien commandant en chef des forces armées philippines, le général Fabian Ver — proche de M. Marcos qui, comme lui, avait trouvé refuge à Hawaï<sup>638</sup>.

Précisément, le renversement de l'ancien président philippin et son refuge à Hawaï représentèrent, pour les besoins de cette enquête, une circonstance heureuse : dès le mois de janvier 1987, le *grand jury* appela M. Marcos et son épouse à collaborer à la manifestation de la vérité, par voie de témoignage et de production de divers documents « relating to the Marcos government ». M. et M<sup>me</sup> Marcos tentèrent à nouveau d'échapper aux *subpoenas* qui leur étaient imposés en se prévalant de l'immunité qui devait leur revenir en leur qualité, respectivement, d'ancien chef d'État

<sup>637</sup> Les poursuites — premières du genre — dirigées en 1979 contre la *Kenny International Corp.*, accusée d'avoir corrompu divers fonctionnaires des Îles Cook, en ont offert une remarquable illustration. Le *chief executive* de cette entreprise s'engagea, dans le cadre d'un *plea bargain*, à comparaître devant la Haute Cour de ce pays pour y répondre des faits de corruption; à répondre à toute demande de témoignage qui lui serait adressée par le gouvernement de ce pays, et, *last but not least*, à lui verser, à titre de « restitution », une somme de quelque trois cent trente-sept milles dollars (NOTE, « Multinational Corporations : Foreign Corrupt Practices Act of 1977 — *United States v. Kenny International Corp.*, Crim. No. 79-732 (D.D.C. Aug. 2, 1979); *United States v. Kenny*, Civ. No. 79-2038 (D.D.C. Aug. 2, 1979) », 20 *Harv. Int'l L. Journ.* 716 (1979)).

<sup>638</sup> *United States of America v. Under Seal (Araneta)*, 794 F.2d 920 (4th Circ. (1986)), *cert. den.*, *sub. nom. Araneta v. United States of America* 479 U.S. 924, 107 S.Ct. 331, 93 L.Ed.2d 303 (1986) — la décision rendue par la même Cour d'appel dans *In re Grand Jury Proceedings (Doe No. 700)*, 817 F.2d 1108 (4th Circ. 1987), égal. publ. dans 81 I.L.R. 599, et rapp. dans *Nat. L. Journ.*, 25 mai 1987, p. 47, *cert. den. sub. nom. Marcos v. United States*, 484 U.S. 890, 108 S.Ct. 212 et 98 L.Ed.2d 176 (1987), apprend que le défendeur en cette action était Araneta (817 F.2d, p. 1112).



et d'épouse d'un ancien chef d'État, et du *privilege against self-incrimination* que leur garantissaient le cinquième amendement de la Constitution nord-américaine, la Constitution philippine et la Section 1782 (a) du titre 28, U.S.C.

La Cour de district et, en appel, la Cour du quatrième circuit rejetèrent l'un et l'autre arguments — pour des motifs identiques à ceux que devait faire valoir, quelques temps plus tard, le *grand jury* new-yorkais. S'agissant de l'immunité de juridiction, la Cour donna plein effet à une « diplomatic note » datée du 3 février 1987, par laquelle le nouveau gouvernement philippin « purported to waive any residual head-of-state or diplomatic immunity enjoyed by Mr. and Mrs. Marcos ». Cette levée d'immunité par le nouveau gouvernement suffisait à faire disparaître celle-ci pour le tout, et dispensait la Cour d'examiner un autre moyen que le gouvernement américain avait invoqué à l'appui du défaut d'immunité — le fait que celle-ci ne s'étendait pas aux « unauthorized acts » que M. Marcos avait accomplis lorsqu'il était au pouvoir <sup>639</sup>. Le second argument, tiré du *privilege against self-incrimination*, fut rejeté pour le double motif que — bien que les gouvernements américain et philippin eussent conclu un « Mutual Assistance Agreement » —, la procédure en cause n'entraînait pas dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale visée par la Section 1728 (a) du titre 28, U.S.C., et que le privilège garanti par le cinquième amendement de la Constitution n'offrait aucune « protection from self-incrimination against foreign law » <sup>640</sup>.

Il demeure étonnant que M. et M<sup>me</sup> Marcos n'invoquaient que leur crainte d'être poursuivis aux Philippines, alors même qu'une instruction pénale était ouverte contre eux devant un *grand jury* new-yorkais... J'ignore ce qu'il est advenu de la procédure pénale ouverte contre les firmes américaines. Il est permis de croire que les informations collectées par le gouvernement américain ont été transmises aux autorités philippines conformément à l'*Executive Agreement on Mutual Legal Assistance* conclu le 11 juin 1986.

---

<sup>639</sup> *Ibid.*, pp. 1110-1111.

<sup>640</sup> *Ibid.*, p. 1112.

Une seconde procédure pénale porta à des résultats plus remarquables encore. Au mois de janvier 1978, la presse — américaine et philippine — s'était faite l'écho des rumeurs de corruption qui aurait entouré l'obtention puis l'exécution, entre 1976 et 1986, par la Westinghouse Electric Corporation, du marché de première centrale nucléaire des Philippines, sur la presqu'île de Bataan. Ces révélations avait déclenché l'ouverture de deux enquêtes, par les autorités fédérales américaines, à charge de la Westinghouse <sup>641</sup>.

La première, fondée sur la violation des *securities laws* fédérales, émanait de la *Securities and Exchange Commission* (S.E.C.). Elle portait sur la destination des fonds que la Westinghouse avait versés à Herminio Disini — l'intermédiaire qui avait négocié la conclusion du contrat — à titre de commissions : il y en avait pour plus de vingt millions de dollars <sup>642</sup>, qui avaient, prétendait-on, enrichi personnellement le président philippin. L'enquête s'était, en avril 1983, soldée par un non-lieu.

La seconde enquête, directement fondée sur le versement de pots-de-vin, émanait du Département de la Justice. De portée plus large que la précédente, elle étendait ses effets aux marchés obtenus par la Westinghouse dans le monde entier. Provisoirement clôturée à la suite d'un *plea agreement* relatif aux paiements que la Westinghouse avait reconnu avoir faits à des dignitaires égyptiens, elle fut rouverte au lendemain de la « révolution » philippine. Un *grand jury* fédéral, siégeant dans le district occidental de Pennsylvanie, ordonna à la firme d'avocats que la Westinghouse avait chargée, en 1978, d'un audit interne dans le cadre du programme de *voluntary disclosure* mis sur pied par la S.E.C., de lui en produire le résultat. La Westinghouse s'exécuta volontairement, après avoir conclu avec le Département de la Justice un accord en préservant la confidentialité.

---

<sup>641</sup> Voy. à propos de ces enquêtes, *Republic of Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 132 F.R.D. 384 (D.N.J. 1990), pp. 385-386, et la décision d'appel, *Westinghouse Electric Corporation v. Republic of the Philippines*, 951 F.2d 1414 (3d Circ. 1991), pp. 1414-1419.

<sup>642</sup> Cette somme, supérieure à « any amounts which similarly situated companies would normally [have paid] in such circumstances » (*Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 774 F. Supp. 1438 (D.N.J. 1991), p. 1466), avait été secrètement versée sur plusieurs comptes bancaires numérotés, principalement en Suisse et à Singapour (*Ibid.*, p. 1444).

L'enquête était en 1991 « apparently still ongoing »<sup>643</sup>. J'ignore ce qu'il en est advenu. L'essentiel est que les fautes reprochées à cette entreprise conduisirent les autorités philippines à saisir les juridictions fédérales d'une procédure plus directement liée à l'objet de cette étude.

## II. — ...ET SES CONSÉQUENCES CIVILES

Définissant le « standard » de comportement que doivent observer les entreprises américaines dans la conclusion de leurs relations d'affaires avec l'étranger, le *F.C.P.A.* forme naturellement la base d'une action en dommages et intérêts pour l'État ou l'organisme public qui se prétend « victime » des violations de ses dispositions. Les actions qu'ont à cette fin introduites les États étrangers ou leurs entreprises publiques n'ont à ce jour guère tourné à leur avantage. La principale raison en semble résider dans leur incapacité à participer avec sérieux à la production de la preuve — ce dont témoigna notamment l'issue peu glorieuse que connut pour le gouvernement mexicain l'action introduite par la Pémex contre un homme d'affaires texan et la société qu'il dirigeait, la Crawford Enterprises Inc., accusés d'avoir, à l'occasion de la fourniture de compresseurs à gaz, versé près de dix millions de dollars de pots-de-vin à divers membres de son personnel<sup>644</sup>. L'action de la République des Philippines contre la

<sup>643</sup> 951 F.2d, p. 1419.

<sup>644</sup> La Crawford Enterprises Inc. et son dirigeant furent, le 22 octobre 1982, mis en accusation par un *grand jury* fédéral réuni à Houston. Ils acceptèrent, au terme du *pretrial*, de verser aux autorités de poursuite une somme totale de quelque 3,7 millions de dollars d'amende. Mais ils n'étaient pas quittes : en octobre 1983, la Pétroleos Mexicanos avait saisi la Cour du district méridional du Texas d'une action en dommages et intérêts, tendant à les entendre condamner au paiement d'une somme totale de 135 millions de dollars. Le litige s'empêtra rapidement dans des difficultés de preuve : la Cour ayant invité la Pémex à produire plusieurs milliers de pages de documents se rapportant aux procédures et aux conditions de conclusion de ses marchés publics à l'époque de la conclusion des contrats litigieux, seule une partie en fut produite — après de nombreuses remises à l'ordre (*Pétroleos Mexicanos v. Crawford Enterprises Inc.*, 826 F.2d 392 (5th Circ. 1985)), ce qui conduisit au mois de septembre 1986 à la condamnation de la Pémex pour *criminal* et *civil contempt*. La Pémex fut condamnée à verser à l'entreprise défenderesse près de 80.000 dollars de frais de justice et d'avocat. Ce jugement fut confirmé en septembre 1987 par la Cour du cinquième circuit. Le litige s'empêtra un peu plus encore dans des difficultés de preuve le 14 janvier 1988, lorsque la Crawford Enterprises Inc. saisit la Cour de district d'une demande reconventionnelle, fondée sur diverses violations par l'entreprise demanderesse du *R.I.C.O.*; la « tortious breach of testimonial duty », et divers autres « malicious acts », et tendant au paiement de la somme exacte qui lui était réclamée, en termes de demande principale. L'entreprise américaine sollicitait à cette occasion la production par la Pémex des témoignages de quelque vingt-neuf personnes, parmi lesquelles de

Westinghouse Electric Corp. n'allait pas échapper à la règle. Ces motifs de fond — c'est pour mon propos l'essentiel — n'empêchent pas qu'au stade de la recevabilité, les tribunaux américains se soient reconnus le pouvoir de statuer sur la demande.

a) La demande

L'action, qui faisait l'exact pendant, « civil », de la procédure pénale en cours, fut introduite devant la Cour de district du New Jersey le 1<sup>er</sup> décembre 1988, par la République des Philippines et l'entreprise publique de ce pays chargée de la commercialisation de l'énergie électrique, la National Power Corporation. Elle était dirigée contre la Westinghouse Electric Corporation, l'une de ses filiales, la Westinghouse International Projects Company, et une autre société américaine, la Burns & Roe Enterprises, Inc. Celles-là étaient intervenues à titre d'entrepreneurs principaux. Celle-ci, dont le lien formel avec la National Power Corporation se limitait à un contrat de consultance, avait pour l'essentiel joué le rôle de sous-traitant <sup>645</sup>.

Le fondement donné à l'action, en droit fédéral et dans le droit du New Jersey, dépassait de beaucoup le *Foreign Corrupt Practices Act* : l'acte introductif d'instance n'articulait pas moins de quinze griefs, allant de la violation d'obligations contractuelles à diverses violations de la législation économique fédérale, comme le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* et le *Sherman Act*, en passant par la « fraud », la « negligence », la « civil conspiracy », la « tortious interference with fiduciary duties » et « various pendent state claims » <sup>646</sup>. La demande faisait principalement grief aux entreprises défenderesses d'avoir, par une manière de « tierce complicité », « interféré » dans le *fiduciary duty* que l'ancien président philippin devait

---

nombreux fonctionnaires mexicains. Le litige prit fin par transaction, après que l'*Attorney General* du Mexique eut averti la Cour que certaines des personnes qui devaient être entendues étaient empêchées de témoigner par la loi mexicaine. La transaction comportait le paiement par la Crawford Enterprises Inc. à la Pémex d'une somme de trois millions de dollars, en échange de quoi la Pémex acceptait de lui verser le montant de la dernière tranche des fournitures que cette entreprise lui avait livrées et qui, depuis le début du litige, était demeuré bloqué sur un « escrow account » ouvert auprès d'une banque suisse (*National Law Journal*, 18 juill. 1988).

<sup>645</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 714 F. Supp. 1362 (D.N.J. 1989).

<sup>646</sup> *Ibid.*, p. 1364.

au gouvernement et à son peuple <sup>647</sup>. Elle tendait à entendre prononcer, aux torts de ces sociétés, l'annulation ou, à défaut, la résolution des contrats, assortie de dommages et intérêts, tant à titre *compensatory* — à hauteur des pots-de-vin versés et du profit réalisé par les sociétés défenderesses — qu'à titre *punitive* <sup>648</sup>.

La construction de la centrale de Bataan n'est sans doute pas le seul marché public que des entreprises étrangères ont, au temps de Marcos, obtenu, et peut-être exécuté, au prix de la corruption <sup>649</sup>. En l'espèce cependant — outre l'importance financière <sup>650</sup>, stratégique et même symbolique <sup>651</sup>, du marché en cause —, la fraude alléguée était considérable. M. Marcos, prétendait-on, n'avait pas seulement favorisé l'attribution du marché aux entreprises défenderesses <sup>652</sup>. Il était intervenu à plusieurs reprises dans les négociations pour contraindre la National Power Corporation à se plier aux termes déséquilibrés que celles-ci lui imposaient <sup>653</sup>, et il avait, après la conclusion du contrat, perçu les dividendes de l'attribution de travaux de sous-traitance et d'une partie de l'assurance du chantier à des firmes contrôlées par Disini <sup>654</sup> — le tout, prétendait la partie philippine, à la parfaite connaissance des entreprises défenderesses <sup>655</sup>. La fraude

---

<sup>647</sup> Cette partie de la demande reposait sur deux griefs distincts. Le premier (*Count 3* de la demande) reprochait aux défenderesses une « tortious interference with the fiduciary duties owed by President Marcos to the Philippine people ». Le second (partie du *Count 8*) était fondé sur une « conspiracy to interfere with fiduciary duties owed to the Philippine people and N.P.C. » (*ibid.*, p. 1374).

<sup>648</sup> 774 F. Supp., p. 1466.

<sup>649</sup> Il est à cet égard possible que l'attachement du gouvernement de M<sup>me</sup> Aquino à honorer l'importante dette extérieure des « années Marcos » (« Manila will pay up, but... », *Far Eastern Economic Review*, 3 juill. 1986, pp. 63 à 65), puis de conclure avec ses créanciers un accord de rééchelonnement avant les élections présidentielles prévues pour le mois de juin 1992 (« The Bataan papers. Manila concludes debt agreement », *id.*, 5 mars 1992, pp. 64-65), l'ait porté à traiter les banquiers qui avaient financé le chantier de la centrale nucléaire de Bataan avec plus d'indulgence que les entrepreneurs — et ce, en dépit des accusations de corruption, en apparence assez bien étayées, dont la Citicorp International Bank, *leader* du syndicat bancaire, avait fait l'objet (« Philippine debt talks stalled by bribery allegations. Power and influence », *id.*, 31 oct. 1991, pp. 72-73, et « Reasons of state. Citicorp report ignored by Philippine Government », *id.*, 12 mars 1992, p. 47).

<sup>650</sup> Il semble que la Westinghouse ait à l'origine soumis au gouvernement philippin un devis de cinq cent millions de dollars couvrant la construction de deux centrales nucléaires. L'unique centrale construite aurait coûté quelque deux milliards trois cent millions de dollars (« Quand Marcos joue avec le nucléaire », *Philippines Information*, déc. 1985, pp. 1 à 3 et, sur le montant définitif des travaux, « Lights Out on Litigation. Philippines loses — again », *Far Eastern Economic Review*, 3 juin 1993, p. 5).

<sup>651</sup> « The construction of the nation's first nuclear power plant is not a typical agency project. Its construction was a matter of national policy that was directly authorized by Marcos in Aug. 1973 (...) » (714 F. Supp., p. 1371).

<sup>652</sup> 714 F. Supp., pp. 1364-1365.

<sup>653</sup> *Ibid.*, p. 1366.

<sup>654</sup> *Ibid.*, pp. 1366-1367.

<sup>655</sup> Un exposé des faits détaillé figure dans 714 F. Supp. 1362, pp. 1365 à 1367, et, dans une instance ultérieure, 774 F. Supp., pp. 1441 à 1444. *Adde not.*, aux Philippines, les exposés de B. A. AQUINO, *Politics of*

alléguée était enfin assez facile à établir : Disini était l'un des hommes d'affaires les plus en vue des Philippines de Marcos, et l'un des *cronies* favoris de l'ancien président<sup>656</sup>. M. Marcos lui-même était à diverses reprises personnellement, et notoirement, intervenu pour forcer la conclusion du contrat<sup>657</sup>.

## b) Le litige

### i. L'arbitrage

La Westinghouse et la Burns & Roe avaient pris soin d'insérer dans les contrats qu'elles avaient conclus avec la National Power Corporation une clause d'arbitrage<sup>658</sup>. Aussi bien, le jour même de l'introduction de l'action, saisirent-elles des arbitres pour qu'ils connaissent du différent<sup>659</sup>. Le tribunal arbitral, réuni à Genève, sous les

---

*Plunder : The Philippines under Marcos*, Quezon City, Great Books Trading et The University of the Philippines, College of Public Administration, 1987, pp. 59-62, et V. A. BAUTISTA, « A Critical Look into the Role of Public Enterprises », *Kasarinlan*, vol. 1 (1<sup>er</sup> trim. 1986), pp. 12-13.

<sup>656</sup> Disini était l'un des partenaires de golf du président. Son épouse était parente et médecin personnel d'Imelda Marcos (714 F. Supp., p. 1365; 774 F. Supp., p. 1442, et *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 949 F.3d 653 (3d Circ. 1991), p. 656).

<sup>657</sup> M. Marcos aurait notamment, pour contraindre les négociateurs philippins à se plier à certaines des exigences de la Westinghouse, fait embarquer les parties à bord d'un navire de la marine philippine auquel il avait donné ordre de croiser dans la baie de Manille jusqu'à ce qu'un accord ait été obtenu (714 F. Supp., p. 1366).

<sup>658</sup> La clause insérée dans le contrat d'entreprise principal conclu entre la Westinghouse et la National Power Corporation, figurant à l'article 24 de ce contrat, était conçue dans les termes suivants : « [t]he parties shall exert their best efforts to arrive at an amicable settlement of any dispute which may arise between them in respect to this contract. If, however, no such settlement is reached, then upon written notice from either Party to the other Party, such dispute shall be finally settled by arbitration under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce » (714 F. Supp., p. 1372). La clause insérée dans le contrat de consultance conclu entre la Burns & Roe et la National Power Corporation, figurant à l'article VI, § 12 (a) de ce contrat, était conçue dans des termes similaires : « [a]ny dispute or difference arising out of this Contract or in connection therewith which cannot be amicably settled between the parties shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The arbitration shall take place in Geneva, Switzerland. The resulting award shall be final and binding on the parties and shall be in lieu of any other remedy (...) » (*ibid.*, p. 1374).

<sup>659</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 782 F. Supp. 972 (D.N.J. 1992), p. 978 et *id.*, 43 F.3d 65 (3d Circ. 1994), p. 68.

auspices de la Chambre de Commerce Internationale<sup>660</sup>, rendit le 19 décembre 1991 une décision préliminaire, limitée à la question de sa compétence. Il considéra à cet égard, « [a]u terme d'une procédure probatoire minutieuse », que la National Power Corporation « n'avait pas apporté la preuve que des pots-de-vin avaient été versés à Marcos, en relation avec la conclusion des contrats », et qu'elle « n'avait pas établi non plus que la stipulation de la clause compromissoire incluse dans le contrat d'entreprise aurait été influencée par des actes de corruption »<sup>661</sup>. Les contrats, et singulièrement les clauses d'arbitrage qu'ils contenaient, furent donc jugés valables, et le tribunal se reconnut compétent pour connaître du différend opposant la Westinghouse et la Burns & Roe à la National Power Corporation. Les arbitres déclinèrent par contre leur compétence pour statuer à l'endroit de la République des Philippines, celle-ci n'étant formellement liée par aucune des clauses d'arbitrage qui servaient de base à la demande<sup>662</sup>.

Le recours de droit public formé contre cette sentence par la National Power Corporation fut rejeté par le Tribunal fédéral suisse. Celui-ci considéra qu'il n'avait, dans le cadre de ce recours, pas la possibilité de remettre en cause les constatations de fait du tribunal arbitral<sup>663</sup>. Il ajouta que « [m]ême si le Tribunal arbitral avait retenu que les pots-de-vin versés au Président Marcos avaient abouti à la conclusion des contrats litigieux, le recours aurait dû, malgré tout, être rejeté »<sup>664</sup>. La validité d'une convention d'arbitrage, souligna-t-il, s'apprécie en effet, en vertu du principe de l'autonomie inscrit à l'article 178, al. 3, L.D.I.P., séparément de celle du contrat principal<sup>665</sup>. En l'espèce, il était prétendu que des pots-de-vin auraient été versés pour « forcer » la conclusion du contrat. Précisément, « l'autonomie de la clause

---

<sup>660</sup> 774 F. Supp., p. 1441, et 43 F.3d, p. 68; « Philippine suit against Westinghouse to be arbitrated », *Far Eastern Economic Review*, 1<sup>er</sup> juin 1989, p. 69.

<sup>661</sup> Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour civ., 2 sept. 1993, *National Power Corporation c. Westinghouse international Projects Company, et al.*, A.T.F. 119 II 380, égal. publ. dans *Bull. A.S.A.*, 1994, p. 244, et rapp. dans *R.S.D.I.E.*, 1994, p. 159, ici consid. 3a, A.T.F. 119 II, p. 381. Le Tribunal rejette en cet arrêt le recours de droit public formé contre la décision arbitrale par la National Power Corporation, sur le fondement de l'article 190, al. 2, de la loi fédérale suisse sur le droit international privé (L.D.I.P.).

<sup>662</sup> Un résumé de la sentence, intitulée « Preliminary Award on Issues of Jurisdiction and Contract Validity », figure dans 782 F. Supp., pp. 974 et 975 à 978.

<sup>663</sup> A.T.F. 119 II, consid. 3c, p. 383.

<sup>664</sup> *Ibid.*, consid. 4, p. 384.

<sup>665</sup> *Ibid.*, consid. 4a, p. 384.

compromissoire (...) s'impose dans ce contexte » : l'instance arbitrale permettra de déterminer « quels sont les effets juridiques du pot-de-vin sur le contrat principal » <sup>666</sup>.

La Cour de district du New Jersey admit pour l'essentiel la compétence du tribunal arbitral. Elle se dessaisit à son profit des demandes introduites contre la Westinghouse, et suspendit l'examen des demandes formées contre la Burns & Roe jusqu'à la fin de l'instance arbitrale <sup>667</sup>. Elle se retint néanmoins — c'est pour mon propos l'essentiel — compétente pour statuer par préférence aux arbitres sur l'un des griefs articulés contre les sociétés défenderesses par la République des Philippines et la National Power Corporation : celui selon lequel les entreprises défenderesses s'étaient rendues complices de la violation, par l'ancien président philippin, des « fiduciary duties » qu'il avait envers son peuple <sup>668</sup>. Le procès introduit contre la Westinghouse et la Burns & Roe se poursuivit ainsi partiellement devant les tribunaux américains, parallèlement à l'instance arbitrale <sup>669</sup>.

<sup>666</sup> *Ibid.*, consid. 4c, p. 385.

<sup>667</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, citée à la note 645 ci-dessus, et sommairement rapportée dans « Philippine suit against Westinghouse to be arbitrated », *Far Eastern Economic Review*, 1<sup>er</sup> juin 1989, p. 69. À aucun moment la Cour ne parut douter que le droit fédéral américain — singulièrement, le *Federal Arbitration Act* de 1925 (9 U.S.C., § 3) — s'appliquait à la validité des clauses d'arbitrage respectivement insérées dans le contrat d'entreprise conclu entre la Westinghouse et la National Power Corporation, et dans le contrat de consultance conclu entre cette dernière et la Burns & Roe. Sans doute les parties s'étaient-elles accordées sur ce point, car elles n'y opposèrent aucune objection. Sur cette base, la Cour écarta la double prétention, avancée par les parties demanderesses, que les clauses d'arbitrage ne s'appliquaient pas à un litige qui, comme en l'espèce, mettait en cause la validité des contrats, et naissait des pressions exercées par les autorités gouvernementales pour en forcer la conclusion (714 F. Supp., pp. 1367 à 1372). Seules les demandes formées contre la Westinghouse furent toutefois jugées proprement arbitrables (*ibid.*, pp. 1372 à 1374). À l'exception d'une seule d'entre elles, les demandes introduites contre la Burns & Roe furent par contre jugées non comprises dans les termes, trop élargis, de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat de consultance conclu entre cette société et la National Power Corporation (*ibid.*, pp. 1374 et 1375). Parce que leur contenu était identique à celui des demandes formées contre la Westinghouse, la Cour jugea cependant qu'il était dans l'intérêt de la justice que leur examen fût suspendu jusqu'à la fin de l'instance arbitrale (*ibid.*, p. 1375). Bien que cette première décision se fût exclusivement prononcée sur une question de compétence, elle n'était pas dénuée d'enseignement pour la suite de la procédure au fond. La Cour y jugea en effet que les pressions exercées par Marcos, parfaitement légales aux yeux du droit philippin en vigueur à l'époque de la conclusion du contrat, ne permettaient pas de tenir celui-ci pour nul (*ibid.*, pp. 1369 à 1372). La Cour fit encore remarquer *en passant* que les demanderesses étaient difficilement recevables à se prévaloir de la nullité *ab initio* d'un contrat qu'elles avaient continué, après la chute de Marcos, d'honorer pendant près de trois ans (*ibid.*, p. 1369, note 2).

<sup>668</sup> Cette partie de la demande excédait, à l'estime de la Cour, le champ proprement contractuel des clauses d'arbitrage. Ils intéressaient au surplus une partie, la République des Philippines, qui demeurerait tierce à ces clauses (*ibid.*, p. 1374).

<sup>669</sup> Au lendemain de la décision rendue sur sa compétence par le tribunal arbitral, la Cour confirma que les griefs dont elle avait conservé l'examen étaient suffisamment « séparés et distincts » des griefs articulés dans la procédure arbitrale pour exclure l'application, sollicitée par les sociétés défenderesses dans une demande de *summary judgment*, de la théorie du *collateral estoppel* (782 F. Supp., pp. 978 à 981).



ii. *La communication des documents de preuve*

L'examen de cette partie de la demande conduisit la Cour à trancher d'abord les prétentions contradictoires que la République des Philippines et la Westinghouse élevaient quant à la communication des instruments de preuve. La République des Philippines cherchait à obtenir communication des documents recueillis à charge de la Westinghouse par la S.E.C. et le Département de la Justice. Parallèlement, la Westinghouse cherchait elle-même à obtenir communication des documents que, sur la base de l'*Executive Agreement on Procedures for Mutual Legal Assistance* conclu le 11 juin 1986 avec le gouvernement américain, la République des Philippines avait « mis en commun » (*shared*) avec le Département de la Justice. La Cour de district et, en appel, la Cour du troisième circuit donnèrent satisfaction à la République des Philippines. Elles jugèrent que la transmission préalable et volontaire des documents dont la communication était sollicitée à des agences gouvernementales ayant des intérêts opposés aux siens avait levé les privilèges de confidentialité dont la Westinghouse pouvait se prévaloir — qu'ils relèvent du secret des communications avec son avocat (*attorney-client privilege*) ou de celui des documents de travail préparés par celui-ci pour sa défense (*work-product doctrine*)<sup>670</sup>.

À l'inverse, la Cour de district rejeta la prétention de la Westinghouse de prendre connaissance des documents que la République des Philippines avait partagés avec le Département de la Justice : la transmission d'informations entre les deux gouvernements ne pouvait s'analyser en une renonciation de la part de ceux-ci au *work-product privilege*, parce qu'ayant tous deux des intérêts opposés à ceux de la

---

<sup>670</sup> 132 F.R.D., pp. 387 à 390, et, en degré d'appel, 951 F.2d, pp. 1423 à 1431.

Westinghouse, le Département de la justice et la République des Philippines devaient être tenus pour des « alliés » <sup>671</sup>.

### iii. Le fond

Sur le fond, la Cour rejeta une demande de *summary judgment* formée par les entreprises défenderesses <sup>672</sup>, pour le triple motif que les faits de corruption allégués présentaient une « evidence » « more than sufficient to create a jury question » <sup>673</sup>; que la demande n'était pas prescrite au regard du droit philippin applicable <sup>674</sup>, et qu'en droit public philippin, l'ancien président Marcos était tenu envers son peuple d'un *fiduciary duty* <sup>675</sup> dont les violations pouvaient donner lieu à réparation devant les tribunaux civils <sup>676</sup>. Une seconde demande de *summary judgement*, fondée sur l'effet de *collateral estoppel* qu'il y avait, à l'estime des défenderesses, lieu de reconnaître à la décision rendue sur sa compétence par le tribunal arbitral le 19 décembre 1991, fut également rejetée <sup>677</sup>.

---

<sup>671</sup> 132 F.R.D., pp. 390-391. Il n'y eut pas d'appel sur ce point (951 F.2d, p. 1421). Voy. par la suite, mettant les pièces de cette procédure, à l'origine confidentielles, à la disposition du public, *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, 139 F.R.D. 50 (D.N.J. 1991), et, en appel, rejetant une *motion for stay pending appeal*, *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, citée *supra*, note 656. Cette dernière décision constate que « [c]ertainly, the allegation of bribes by a major United States corporation to the leader of a foreign country is a matter of public interest ». « (...) [B]y opening the judicial process to greater public scrutiny, access to the judicial process reinforces the democratic ideals of our society (...) » (949 F.2d, p. 664). Voy. not. « Third Circuit Rejects Stay of Marcos Unsealing Order », *N. J. L. Journ.*, vol. 129 (1991), p. 936.

<sup>672</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, citée *supra*, note 642.

<sup>673</sup> 774 F. Supp., p. 1446.

<sup>674</sup> *Ibid.*, pp. 1446 à 1451.

<sup>675</sup> *Ibid.*, pp. 1452 à 1459.

<sup>676</sup> *Ibid.*, pp. 1459 à 1464. La Cour rejeta enfin la demande, formée par les sociétés défenderesses, de limiter aux pots-de-vin versés à Marcos le montant des dommages et intérêts auxquels elles pourraient être tenues (*ibid.*, pp. 1466-1467). Elle revint par la suite sur cette partie de sa décision, dans une opinion ultérieure qui n'a pas été publiée, mais est rapportée en note, *ibid.*, p. 1466, note 25.

<sup>677</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, citée *supra*, note 659.

Le litige fut donc soumis au *jury*, non sans que les parties eussent vainement tenté de transiger <sup>678</sup>. Le *trial* s'ouvrit le 15 mars 1993. Le *jury* avait à y répondre à la question de savoir « whether the plaintiff had proved that Westinghouse, and burns and Roe, bribed Marcos ». Il y répondit négativement en mai 1993, déboutant la République des Philippines et la National Power Corporation de leurs demandes <sup>679</sup>. L'appel formé contre cette décision est à ma connaissance toujours pendant. Son introduction, qui dépendait en droit fédéral américain de l'octroi d'une *certification*, fut retardée pendant que la Cour de district, puis en appel la Cour du troisième circuit, étudiaient les sanctions qu'il y avait lieu de prendre contre la République des Philippines, reconnue coupable d'avoir, sur son territoire, soumis à des mesures de représailles les témoins — dont un employé du gouvernement — qui avaient déposé en faveur de la Westinghouse <sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> Une transaction conclue au mois de mars 1992 entre le gouvernement de M<sup>me</sup> Aquino et la Westinghouse, qui comportait le versement au gouvernement philippin de dix millions de dollars en argent liquide et l'octroi à ce gouvernement d'une ristourne de septante-cinq millions de dollars sur le marché de la centrale nucléaire et de quinze millions de dollars sur d'autres travaux, en contrepartie de l'attribution à la Westinghouse du marché du parachèvement de la centrale nucléaire pour un montant de quatre cent millions de dollars, fut dénoncée le 1<sup>er</sup> décembre par le nouveau président, Fidel Ramos (« Nuclear power dispute », *Far Eastern Economic Review*, 17 décembre 1992, p. 67; « Defense in Marcos Bribery Case : It's Just Business », *N. J. L. Journ.*, vol. 133 (1993), p. 1476; « Jury Clears Westinghouse in Marcos Bribery Case », *N. J. L. Journ.*, vol. 134 (1993), p. 281, et 43 F.3d, p. 68).

<sup>679</sup> « Jury Clears... », *op. cit.* in *N. J. L. Journ.*, vol. 134 (1993), p. 281; « Lights Out... », *op. cit.* in *Far Eastern Economic Review*, 3 juin 1993, p. 5, et 43 F.3d, p. 68.

<sup>680</sup> Les représailles incriminées concernaient pour l'essentiel, outre une campagne de presse, l'introduction de procédures disciplinaires, administratives et judiciaires. Dans une décision du 4 octobre 1993, la Cour de district, s'appuyant sur la jurisprudence relative aux *anti-suit injunctions*, « enjoined the Republic from harassing any witness (...) » et « directed the Republic to renounce and abandon its retaliatory actions (...) » (cité dans 43 F.3d, pp. 70 et 71; la date de la décision est mentionnée à la p. 69, et un extrait plus complet en figure à la p. 78). La Cour du troisième circuit réforma cette décision, jugeant qu'en émettant une injonction positive, « (...) which purports to supervise and control the law enforcement activities of a foreign sovereign nation against its own citizens on its own soil » (*ibid.*, p. 73 et, à nouveau, p. 78), la Cour de district avait excédé les limites que l'*international comity* posait à son pouvoir : « [w]e are unaware of any court in the United States — or elsewhere — that has ever attempted to inject itself in this manner into the internal (...) activities of a foreign sovereign » (*ibid.*, pp. 74 à 80, ici p. 79). L'affaire fut renvoyée à la Cour de district, pour qu'elle réévalue, à la lumière de l'*international comity*, les sanctions à imposer à la République des Philippines, et, le cas échéant, statue à nouveau sur l'opportunité de lui délivrer une *certification*.

### c) Les arguments

Que la procédure introduite soit ou non toujours pendant importe peu. La Cour de district a, dans la première décision qu'elle rendit sur le fond <sup>681</sup>, rencontré l'essentiel des arguments que pouvaient soulever les parties— et elle l'a fait d'une manière qui mérite que l'on s'y arrête. L'argumentation, impliquant une analyse approfondie et l'application par la Cour du droit public, constitutionnel et pénal, philippin a de loin dépassé en effet l'espèce relativement limitée d'une action fondée sur le droit américain pour représenter un exemple remarquable d'action civile — du même genre de celles qui peuvent être introduite contre le chef d'État lui-même.

La Westinghouse soulevait principalement, à titre de moyens de défense, la prescription de l'action et l'absence, en droit philippin, de *cause of action*.

Le premier moyen soulevait une question de loi applicable. Selon la Westinghouse, il y avait lieu d'appliquer à la prescription la loi de l'État du New Jersey, qui établissait une prescription de six ans. La République demanderesse soutenait au contraire qu'il y avait lieu de faire application de la loi philippine, aux termes de laquelle la prescription ne courait pas contre l'État — en sorte qu'à quelque moment qu'elle soit présentée, sa demande serait toujours recevable (*timely*). C'est à cette seconde opinion que la Cour se rangea, pour le motif que selon les règles de conflit de lois de l'État de New Jersey, la prescription était soumise à la loi de l'État présentant avec le litige la « most significant relationship » — ce qui impliquait « an evaluation of important contacts as well as consideration of the state policies affected by, and governmental interest ». Cette analyse conduisait à faire choix de la loi philippine, non seulement parce que les parties s'étaient accordées, au fond, sur l'application de cette loi, mais aussi parce qu'il était « évident » que « (...) given the nature of the claims in this case (related to the

---

<sup>681</sup> *Republic of the Philippines v. Westinghouse Electric Corporation*, citée *supra*, note 642.

bribery of a public official), the Philippines has the primary policy interest in deterrence » <sup>682</sup>.

La faveur ainsi donnée à l'intérêt public, et à la loi, philippins apparaît mieux encore à l'occasion de l'examen du second moyen — celui que la Westinghouse tirait de l'absence, en droit philippin, d'une *cause of action* au profit de la République demanderesse. Ce second moyen ne soulevait aucune contestation quant au droit applicable — la Westinghouse admettait en effet que selon les règles de conflit de lois du New Jersey, « Philippine substantive law must apply to plaintiff's claims, and that the determinative law, for deciding whether President Marcos owed the Philippine people any fiduciary duty, was the law which existed during the period the alleged bribery scheme took place » — ce que ne contestait pas la République demanderesse <sup>683</sup>. C'est l'interprétation et l'application mêmes du droit philippin qui étaient en cause.

L'argument se laissait lui-même déduire en deux parties. La première — qui n'était pas sans rappeler l'arrêt rendu par le *panel* de la Cour du neuvième circuit saisie de l'action dirigée contre M. et M<sup>me</sup> Marcos <sup>684</sup> — prenait appui sur la qualité de « dictateur absolu » du président Marcos pour contester l'existence même d'un « fiduciary duty » dans lequel la défenderesse eût pu illicitement « interférer » <sup>685</sup>; la seconde mettait en doute, à titre subsidiaire, le « droit » pour la République des Philippines de demander réparation des conséquences dommageables d'une violation de ce « fiduciary duty » <sup>686</sup>.

---

<sup>682</sup> 774 F. Supp., p. 1450. La Cour jugea en outre que la demande devrait être jugée recevable même dans l'hypothèse où, contrairement à ce qu'elle avait décidé, la loi du New Jersey devait être appliquée à la question de la prescription : selon celle-ci en effet, la prescription ne commençait pas à courir « until the date of the last overt act causing damage ». Or en l'espèce, la Westinghouse avait continué de travailler sur le chantier jusqu'en 1985 — versant parallèlement jusqu'à ce moment à Disini les commissions litigieuses (*ibid.*, pp. 1450-1451).

<sup>683</sup> *Ibid.*, p. 1452, note 8.

<sup>684</sup> *Supra*, notes 571 et s.

<sup>685</sup> « As the absolute dictator of the Philippines, defendants argue, every action President Marcos took was lawful, because his acts were the law » (*ibid.*, p. 1452).

<sup>686</sup> « Defendants' next argument is that even if one agrees that President Marcos owed a fiduciary duty to the Philippine people which he violated by accepting bribes, this does not give rise to a civil cause of action for damages » (*ibid.*, p. 1459).

Le cynisme de la première partie de l'argumentation n'a pas échappé à la Cour. D'une part, jugea-t-elle, il était, même au lendemain de la proclamation de la loi martiale par M. Marcos, erroné de prétendre que celui-ci détenait un pouvoir de nature à le placer *de jure* au-dessus de la Constitution et des lois relatives au « fiduciary duty » que les fonctionnaires publics devaient à l'État<sup>687</sup>; d'autre part, et peut-être surtout, la circonstance que M. Marcos s'était lui-même placé *de facto* au-dessus de ces lois n'enlevait rien au caractère obligatoire de celles-ci : non seulement « (...) those obligations do not simply disappear the minute they are violated »<sup>688</sup>, mais encore l'argument tiré de la dictature absolue comportait en lui-même l'aveu des fautes commises par l'ancien président : ce qui lui était reproché était précisément de s'être placé au-dessus de la légalité existante au moment où il avait pris le pouvoir<sup>689</sup>. Prétendre que « [the] President Marcos, in the very fact of violating his nation's laws, placed himself above the law and rendered his conduct « absolutely lawful » » reviendrait à décider que « the Philippine people could never expect a legal accounting from Marcos for his conduct while in office »<sup>690</sup>. « Whatever », jugea la Cour, « may recommend this view, it « belong[s] to the realm of political theory, not law » and I reject it accordingly »<sup>691</sup>.

La seconde partie de l'argumentation, selon laquelle la violation, par l'ancien président philippin, du « fiduciary duty » qu'il devait à l'État qu'il dirigeait ne créait au profit de celui-ci aucun droit d'obtenir réparation, impliquait de la même manière une analyse approfondie du droit philippin. Celle-ci conduisit au rejet de l'argumentation des défendeurs, après que la Cour eut vérifié que les agissements reprochés à la société défenderesse constituaient, d'après la loi philippine, une infraction pénale et que, d'après cette même loi, les justiciables pouvaient obtenir la réparation des dommages résultant de pareille infraction par une action séparée, introduite devant les tribunaux civils. La circonstance que par *Presidential Decrees* No. 1606 du 10 décembre 1978 et No.

---

<sup>687</sup> *Ibid.*, pp. 1452-1458.

<sup>688</sup> *Ibid.*, p. 1459.

<sup>689</sup> « (...) [M]ore fundamentally, the defendants' contentions about President Marcos' *de facto* power run far afield from their original argument, which is that President Marcos owed the people of the Philippines no fiduciary duties *under then-existing law*. (...) Obviously, defendants cannot have it both ways » (*ibid.*, souligné par la Cour elle-même).

<sup>690</sup> *Id.*

<sup>691</sup> *Id.*, qui renverse l'argument des « sciences politiques » invoqué par les sociétés défenderesses.

1861 du 23 mars 1983, le président philippin avait attribué compétence exclusive pour connaître aux Philippines des violations de l'*Anti-Graft and Corrupt Practices Act* et du titre VII du *Revised Penal Code of the Philippines*, ainsi que d'autres infractions commises par des fonctionnaires publics, au *Sandiganbayan*, ne pouvait à cet égard rien changer à la compétence que détenaient les juges américains. Et même si, comme le soutenaient les entreprises défenderesses, ces dispositions avaient pour effet d'« éteindre » le droit des justiciables de se prévaloir des violations de ces dispositions devant un autre juge, elles avaient été « nullified » le 7 mai 1986 par l' *Executive Order* No. 14 du président Aquino, qui avait pour effet de « return the procedural law to the place it stood prior to the creation of the Sandiganbayan » <sup>692</sup>.

Les sociétés défenderesses se prévalaient encore, comme l'avaient fait M. et M<sup>me</sup> Marcos, des théories de la *policital question* et de l'*Act of State*. « [D]eciding this case », soutenaient-elles d'abord, « will (...) involve this Court in « metaphysical » issues of whether President Marcos owed the Philippines a fiduciary duty under Philippine law » <sup>693</sup>. La Cour accueillit l'argument avec la sévérité qu'elle avait réservée aux autres moyens des entreprises défenderesses. Elle souligna d'abord, comme l'avaient fait le *Special Term* de New York dans les actions relatives à l'ancien shah d'Iran <sup>694</sup>, la Cour du deuxième circuit dans l'action relative aux immeubles détenus par M. et M<sup>me</sup> Marcos à New-York <sup>695</sup>, et, révisant sa décision *en banc*, la Cour du neuvième circuit dans l'action fondée contre ceux-ci sur le *R.I.C.O.* <sup>696</sup>, que la demande trouvait les éléments de sa solution dans le *droit* philippin. Que, comme dans n'importe quel « diversity suit », « this case involves (...) interpreting and applying the law of another jurisdiction » ne pouvait suffire à entraîner l'application de la *political question doctrine* <sup>697</sup>. La Cour ajouta que les entreprises défenderesses avaient elles-même tenté de l'entraîner sur le terrain de la politique, en alléguant que « [p]resident Marcos's *de facto* power negated the very existence of [the] laws » dans lesquelles le litige trouvait ses principes de solution : « [o]bviously, the fact that defendants merely raise an

---

<sup>692</sup> *Ibid.*, pp. 1460-1464.

<sup>693</sup> *Ibid.*, p. 1465.

<sup>694</sup> *Supra*, notes 133 et s.

<sup>695</sup> *Supra*, note 494.

<sup>696</sup> *Supra*, note 613.

<sup>697</sup> 774 F. Supp., p. 1465.

argument which has no place in a court of law does not mean that the Republic's claims must be dismissed with defendants' argument »<sup>698</sup>.

Pour rejeter le moyen tiré de l'*Act of State*, la Cour souligna, en se référant à l'arrêt rendu un an auparavant par la Cour suprême, en une affaire intéressant le Nigeria dans laquelle un concurrent évincé d'un marché public faisait grief à une entreprise américaine de l'avoir emporté par le moyen de la corruption<sup>699</sup>, qu'elle n'était pas appelée à se prononcer sur la légalité des agissements de l'ancien président philippin : la constatation de pareille illégalité ne pouvait être dans ses attendus qu'incidente<sup>700</sup>. Reprenant le *dictum* de la Cour suprême dans *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, elle rappela ensuite que « the balance of relevant considerations » pour l'application de l'*Act of State* « may (...) be shifted if the government which perpetrated the challenged Act of State is no longer in existence (...) »<sup>701</sup>. Cela, jugea-t-elle, diminuait d'autant plus les possibilités d'application de l'*Act of State doctrine* que l'État qu'avait dirigé M. Marcos était devenu hostile à son ancien président<sup>702</sup>. La Cour confirmait par là l'attitude majoritaire prise par la justice américaine dans les décisions rendues contre M. Marcos<sup>703</sup>.

\*  
\* \*

Le point le plus remarquable de cette décision est assurément que la Cour n'y a guère vu d'inconvénient à prendre en considération le droit public, et même pénal, philippin pour établir, *prima facie*, la faute des sociétés défenderesses<sup>704</sup>. Celles-ci

---

<sup>698</sup> *Id.*

<sup>699</sup> *W.S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp.*, 493 U.S. 400, 110 S.Ct. 701, et 107 L.Ed.2d 816 (1990).

<sup>700</sup> « (...) [T]he legality of the [Philippine Nuclear Power Plant] contract is simply not at issue » (774 F. Supp., p. 1466).

<sup>701</sup> *Supra*, note 487.

<sup>702</sup> *Ibid.*, pp. 1465-1466.

<sup>703</sup> *Voy. Republic of the Philippines v. Marcos*, citée *supra*, note 67, et *Republic of the Philippines v. Marcos* (en banc), citée *supra*, note 572, toutes deux citées par la Cour à titre de précédent concluant (774 F. Supp., pp. 1465 et 1466).

<sup>704</sup> Que les parties se fussent, sur le fond, accordées sur l'application de la loi philippine (*ibid.*, p. 1452, note 8), ne semble sur ce point rien enlever aux mérites de la décision.



invoquèrent bien les règles de conflit de lois du New jersey, selon lesquelles les tribunaux de cet État « may not enforce the Philippines' criminal statutes » — règle analogue à la « long-standing rule that the courts of the United States will not enforce the revenue or penal laws of a foreign country » évoquée par la Cour de district de Hawaï dans l'action relative aux avoirs saisis par les douanes américaines <sup>705</sup> et qui, je l'ai dit, n'était pas sans rappeler l'avis de droit de la Division fédérale suisse de la justice évoqué à propos de l'ancien shah d'Iran <sup>706</sup>. Cette règle cependant, jugea la Cour, ne trouvait en l'espèce nullement à s'appliquer, tout simplement parce que « no one is seeking to enforce a criminal statute in this case » <sup>707</sup>.

Cette opinion — peut-être liée à la nature privée des sociétés défenderesses — tranche singulièrement avec celle qu'allait adopter la Cour de cassation de France pour rejeter les prétentions formées par la République d'Haïti contre Jean-Claude Duvalier.

---

<sup>705</sup> *Supra*, note 454.

<sup>706</sup> *Supra*, note 91.

<sup>707</sup> 774 F. Supp., p. 1462.

### CHAPITRE 3. — L'EX-PRÉSIDENT DUVALIER

Les tentatives de la République d'Haïti de récupérer, au lendemain de son départ pour la France, les avoirs que lui avait soustraits son ancien « président à vie » témoignent à nouveau du déclin de la voie « administrative » et du regain de la voie « judiciaire ». Dans les limites de son propre territoire, le nouveau gouvernement haïtien traita sans doute M. Duvalier avec moins de ménagement que le nouveau gouvernement philippin ne l'avait fait à l'endroit de l'ancien président Marcos : un décret du Conseil national de gouvernement du 18 février 1986 « nationalized all properties belonging to the deposed president and ordered all Haitian and foreign nationals to disclose within two weeks assets they might be holding in Duvalier's name » — prononçant, comme au temps de l'ancien roi Fayçal ou de l'ancien shah d'Iran, une confiscation que n'avait précédée nulle procédure judiciaire<sup>708</sup>. Sur le territoire des États étrangers par contre, il s'abstint de poursuivre l'exécution de ce décret de confiscation, étant invité plutôt par les différentes chancelleries dont il avait sollicité l'assistance à porter ses revendications sur la scène judiciaire.

---

<sup>708</sup> KOFELE-KALE, pp. 183-184. Le « bref commentaire des principaux textes législatifs » haïtiens de 1986 de F. DELATOUR dans le *Bulletin de l'Institut international de droit d'expression française* se réfère seulement à un décret de « mise sous séquestre des biens meubles et immeubles de l'ex-président » (*Rev. jur. et pol. Ind. et coop.*, 1987, p. 25).

SECTION 1<sup>re</sup>. — En Suisse

Ce primat de la « voie des procès » fut très manifeste en Suisse, où le Conseil fédéral et la Commission fédérale des banques — revenant à la manière de prudence qu'ils avaient observée dans l'affaire Pahlavi — se gardèrent de rééditer à l'égard de l'ancien président haïtien les mesures d'autorité qu'elles avaient prises envers M. Marcos. Le retard apporté par les autorités philippines à l'introduction d'une procédure d'entraide internationale en matière pénale *en bonne et due forme* les avait placées alors dans une situation suffisamment délicate pour qu'elles s'abstinssent de renouveler l'expérience. Aussi bien, lorsque, « peu après le blocage provisoire des avoirs de Marcos », « des représentants de la République d'Haïti [vinrent] demander aux autorités fédérales et à la Commission des banques le blocage des comptes bancaires en Suisse de l'ancien chef d'État Duvalier », celles-ci se bornèrent à les informer « dûment » qu'il y avait lieu de présenter à l'Office fédéral de la police une requête d'entraide internationale en matière pénale, assortie d'une demande de mesures provisoires <sup>709</sup>.

Cette « information » fut immédiatement suivie d'effets : les avoirs de M. Duvalier en Suisse furent gelés par le juge d'instruction de Genève le 15 avril 1986, au lendemain de l'introduction par la République haïtienne d'une demande d'entraide internationale en matière pénale <sup>710</sup>. Les autorités suisses n'étaient pas peu fières du résultat obtenu : « [l]e cas Duvalier », souligna la Commission fédérale des banques, « montr[ait] que [la loi sur l'entraide judiciaire] suffi[sait] dans les cas normaux et qu'on ne d[evait] avoir recours à d'autres moyens que dans des circonstances très particulières » <sup>711</sup>.

Sur le fond, M. et M<sup>me</sup> Duvalier semblent avoir mis la même énergie que M. et M<sup>me</sup> Marcos à obtenir du Tribunal fédéral l'annulation des mesures prononcées contre eux.

<sup>709</sup> C.F.B. Rapport de gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986, p. 128.

<sup>710</sup> New York Times, 16 et 20 avr. 1986, et Rev. gén. dr. int. publ., 1986, p. 676.

<sup>711</sup> C.F.B. Rapport de gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986, p. 128.

Ils se prévalaient d'abord de l'immunité qui revient classiquement, en droit de l'entraide pénale internationale, aux délits politiques — argument que M. et M<sup>me</sup> Marcos s'étaient pour leur part abstenus d'invoquer. L'argument fut rejeté avec la véhémence que laissait entrevoir la jurisprudence traditionnelle du Tribunal fédéral : « [l]es infractions qui sont à l'origine de [la demande d'entraide] ne sont, jugea ce dernier, de toute évidence pas des délits politiques (...). Il s'agit d'infractions dont le caractère de droit commun est clairement prépondérant et il est sans importance que de tels faits aient été accomplis par un chef d'État et ses collaborateurs dans l'exercice de leur charge publique » <sup>712</sup>.

En l'espèce cependant — il y avait là un second argument —, M. et M<sup>me</sup> Duvalier cherchaient moins à se prévaloir du caractère politique des infractions qui leur étaient reprochées que de celui de la demande d'entraide elle-même. S'estimant en quelque manière victimes d'une poursuite injuste, motivée par un désir de revanche politique, ils « [faisaient] état des troubles politiques qui [avaient] suivi, en Haïti, la chute du régime dictatorial symbolisés par [eux] et de certaines incohérences qui s'[étaient] manifestées au cours de l'instruction conduite contre [eux], pour en déduire que le système judiciaire de ce pays n'offr[ait] pas les garanties minimales d'objectivité et d'impartialité requises soit par l'art[icle] 4 [de la Constitution], soit par l'art[icle] 6 [de la Convention européenne des droits de l'homme] » <sup>713</sup>.

Le Tribunal fit pour cet argument montre d'une sensibilité semblable à celle dont il avait témoigné dans l'affaire Marcos : « [l]a situation sociale et politique de l'État requérant n'est certes pas des plus claires et des plus stables, et les risques mis en évidence par les recourants ne sont pas insignifiants » <sup>714</sup>. Mais, comme il l'avait fait dans l'affaire Marcos, il jugea que les craintes exprimées par les « recourants » ne pouvaient, au stade de l'entrée en matière, justifier le rejet de la demande : il suffisait que l'autorité cantonale d'exécution — et non, comme l'avait semble-t-il pensé l'Office fédéral de la police, « l'autorité administrative fédérale » — invite l'État requérant « à

---

<sup>712</sup> 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., 19 sept. 1989, *Jean-Claude Duvalier et dame Michèle Duvalier-Bennett*, n° 1A.58/1989, inédit, p. 5, consid. 4.

<sup>713</sup> *Id.*, p. 3, consid. 3.

<sup>714</sup> *Id.*, pp. 3-4.

[lui] donner des assurances spécifiques et formelles quant à un déroulement de la procédure conforme au standard minimum en vigueur dans les États démocratiques européens et à l'exclusion des tribunaux d'exception »<sup>715</sup>. Le juge d'instruction genevois devrait « donner connaissance [de ces assurances] aux recourants, habilités à se déterminer avant la clôture définitive de la procédure d'entraide et la transmission des documents requis »<sup>716</sup>.

Ainsi le Tribunal confirmait-il à nouveau que la « protection élargie » que l'article 2, *litteras b et c*, E.I.M.P., offre aux personnes poursuivies pour d'injustes motifs prend, dans une jurisprudence de plus en plus affinée, plus volontiers la forme de conditions préalables mises à l'octroi de l'entraide que d'un motif de refus de celle-ci<sup>717</sup>.

Pas davantage la violation prétendue par la République d'Haïti de la règle de la spécialité, qui limite l'utilisation par l'État requérant des renseignements recueillis par la voie de l'entraide au cadre strict de la procédure pénale qui a servi de base à la demande<sup>718</sup>, ne fut-elle jugée suffisante pour dénier l'entrée en matière. Le respect de

<sup>715</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>716</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>717</sup> J. DUGARD et Ch. VAN DEN WYNGAERT, « Reconciling... », *op. cit.* in 92 A.J.I.L., pp. 206 et s. Très significatif d'un « affinement » de la jurisprudence paraît être l'arrêt du 17 avr. 1997, *A., son épouse Z., ses enfants D. et N. et les sociétés B., J., R. et X. c. Chambre d'accusation du canton de Genève*, A.T.F. 123 II 161, qui, dans une affaire intéressant un ancien vice-ministre de la Fédération de Russie accusé de corruption, a notamment requis au rang des conditions de l'entraide que l'Ambassade de Suisse à Moscou puisse « en tout temps s'enquérir de l'état d'avancement de la procédure pénale, assister aux débats lors du jugement au fond et obtenir un exemplaire de la décision mettant fin au procès », ainsi que « rendre visite (...) sans surveillance à la personne concernée », et qu'à l'inverse celle-ci puisse « s'adresser à elle en tout temps, que ce soit au stade de l'instruction ou lors de l'exécution d'une éventuelle peine privative de liberté » (*id.*, pp. 172-173, consid. 6f, cc). L'ancien ministre, identifié comme étant Andrej Dogaev, était accusé d'exportation illicite de matières premières et d'abus de fonction, pour avoir facilité, à l'aide de faux documents douaniers, l'exportation illicite de deux cents tonnes de déchets de cuivre (*Journal de Genève*, 24 et 25 mai 1997). *Adde* l'arrêt du 12 sept. 1997, *A. c. Office fédéral de la police*, cité *supra*, note 358, qui suspend l'extradition d'un ancien fonctionnaire du Kazakhstan à l'engagement du président de cette République « tant en sa qualité de chef d'État qu'à titre personnel » de « s'abst[enir] de tout acte pouvant influencer (...) le déroulement et l'issue de la procédure pénale », et même de « renoncer [...] à exercer son pouvoir de surveillance sur les autorités judiciaires chargées de [cette] procédure » - afin de prévenir toute velléité de « vengeance personnelle » à l'encontre de l'intéressé.

<sup>718</sup> L'article 67, modifié le 4 octobre 1996, dispose textuellement ce qui suit : « <sup>1</sup> Les renseignements et les documents obtenus par voie d'entraide ne peuvent, dans l'État requérant, ni être utilisés aux fins d'investigations ni être produits comme moyens de preuve dans une procédure pénale visant une infraction pour laquelle l'entraide est exclue. <sup>2</sup> Toute autre utilisation est subordonnée à l'approbation de l'office fédéral. Cette approbation n'est pas nécessaire lorsque : *a.* Les faits à l'origine de la demande constituent une autre infraction pour laquelle l'entraide est susceptible d'être accordée, ou *b.* La procédure pénale étrangère est dirigée contre d'autres personnes ayant participé à la commission de l'infraction (...) ».

cette règle fait en effet, comme celui des exigences de procédure inscrites à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'objet de conditions préalables posées à l'octroi de l'entraide. Elle n'est pas un motif de refus de celle-ci. En l'espèce, rappela le Tribunal, « l'autorité cantonale de première instance a[vait] rappelé avec soin [à l'État requérant] les exigences de cette règle, comme elle doit le faire chaque fois que n'est pas exclue une utilisation abusive des renseignements obtenus par la voie de l'entraide judiciaire ». Ce rappel fut jugé « suffisant » <sup>719</sup>. La même solution fut adoptée, quelques mois plus tard, dans le « troisième » arrêt Marcos, du 21 décembre 1990 <sup>720</sup>.

\*  
\* \*

L'incontestable succès rencontré par la République d'Haïti dans l'utilisation de l'E.I.M.P. ne connut guère de lendemain. « While legal actions were proceeding in France and the United States against members of the Duvalier regime to recover the millions of dollars of Haitian wealth they were alleged to have stolen », deux juges haïtiens à la solde du pouvoir militaire prononcèrent en effet le non-lieu de l'instruction ouverte à charge de M. Duvalier et de plusieurs de ses principaux associés — privant par là même d'objet la procédure d'entraide ouverte en Suisse <sup>721</sup>.

L'affaire Duvalier ne semble pas moins avoir définitivement fixé la « jurisprudence » des autorités helvétiques. Invitées par de nouveaux gouvernements à bloquer les avoirs que des chefs d'État ou d'autres potentats tombés en disgrâce et soupçonnés de corruption ou de détournements de fonds pouvaient détenir dans des banques de la Confédération, elles ont systématiquement indiqué aux autorités requérantes qu'il y avait lieu de saisir l'Office fédéral de la police d'une demande

---

<sup>719</sup> Le Tribunal jugea en outre « sans pertinence » « [l]es exemples cités par les recourants de l'utilisation abusive de renseignements que d'autres États européens ont déjà transmis dans la même affaire à la République d'Haïti — qui les aurait indûment communiqués à un État tiers — », pour le motif qu'« il n'[était] pas démontré que l'État requérant ait alors été rendu attentif à une obligation de n'employer les renseignements obtenus que pour les besoins de la procédure pénale en cours » (arrêt 1A.58/1989, p. 6, consid. 4).

<sup>720</sup> *Supra*, note 275.

<sup>721</sup> KOFELE-KALE, pp. 325-326 et 326, note 66. Il semble que cette procédure pénale a été réactivée par le gouvernement de M. René Preval, à la perspective — annoncée à intervalles réguliers — du retour dans l'île de l'ancien dictateur (*International Herald Tribune*, 1<sup>er</sup> avr. 1997).

d'entraide judiciaire en matière pénale. L'autorité cantonale d'exécution ou l'Office fédéral de la police, dans les cas où il s'était chargé de l'exécution de la demande <sup>722</sup>, ne semblent jamais avoir hésité à « entrer en matière » sur les demandes qui leur étaient soumises — du moins à prononcer à leur égard des mesures provisoires. C'est ainsi que furent bloqués provisoirement les avoirs en Suisse de l'ancien homme fort du Panama Manuel Noriega, qu'un *Grand Jury* fédéral américain, siégeant à Miami, avait, le 4 février 1988, inculpé pour trafic de stupéfiants et blanchiment d'argent <sup>723</sup>; de l'ancien ministre paraguayen de l'Industrie et du Commerce Delfín Ugarte Centurión <sup>724</sup>, de l'ex-émir du Qatar sheikh Khalifa ibn Hamad al-Thani <sup>725</sup>, des anciens présidents sud-coréens Chun Too-whan et Roh Tae-woo, de divers membres du Parti indien du Congrès <sup>726</sup>, de l'ancien vice-ministre de la Fédération de Russie Andrej Dogaev <sup>727</sup>, du frère de l'ex-président du Mexique Raul Salinas (arrêt 1A.357 et 359/1997 du 30 sept. 1997) et, *last but not least*, des anciens premiers ministres éthiopien

<sup>722</sup> Aux termes de l'article 79a, nouv., E.I.M.P., introduit par la modification législative du 4 octobre 1996, « [l']office fédéral peut statuer sur l'admissibilité de l'entraide et déléguer l'exécution à une autorité cantonale ou statuer lui-même sur l'exécution : a. Lorsque la demande nécessite des investigations dans plusieurs cantons; b. Lorsque l'autorité cantonale compétente n'est pas en mesure de rendre une décision dans un délai raisonnable, ou c. Dans des cas complexes ou d'une importance particulière ».

<sup>723</sup> *United States v. Noriega*, 683 F. Supp. 1373 (S.D. Fla. 1988), égal. rapp. dans *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1990, pp. 493-494. Voy., au lendemain de l'arrestation de M. Noriega, au mois de décembre 1989, par les forces d'intervention de l'opération « juste cause », *id.*, 746 F. Supp. 1506 (S.D. Fla. 1990), égal. publ. dans 99 I.L.R. 143, pp. 151 et s., qui confirma la validité de l'*indictment* et l'existence de la *jurisdiction*, et *id.*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992), égal. publ. dans 99 I.L.R. 143, pp. 184 et s., qui reconnut à M. Noriega le statut de prisonnier de guerre au sens du droit de Genève. Voy. déjà, pour une décision antérieure sur la validité de l'*indictment* et l'existence de la *jurisdiction*, *id.*, Cr. No. 88-0079 (S.D. Fla. Jan. 4, 1989), avec le commentaire de C. E. HICKEY, « The Dictator, Drugs and Diplomacy by Indictment: Head-of-State Immunity in *United States v. Noriega* », 4 *Conn. Journ. Int'l L.* 729 (1989), pp. 729 à 765.

<sup>724</sup> *Supra*, note 241. Le gouvernement paraguayen cherchait en cette espèce à remettre la main sur le montant des pots-de-vin, de près de 11,6 millions de dollars, que l'ancien ministre avait, avec l'ancien président de ce pays Alfredo Stroessner, perçu entre 1976 et 1988 sur les travaux de rénovation d'une cimenterie appartenant à l'État. Ces « commissions » avaient été versées sur divers comptes ouverts en Suisse au nom d'une société panaméenne ayant son siège à Lausanne (A.T.F. 117 Ib, p. 67). L'arrêt confirme la décision d'entrée en matière prise par le juge d'instruction du canton de Vaud le 5 janvier 1990 et confirmée par le tribunal d'accusation du tribunal cantonal de Vaud le 8 octobre 1990. Il confirme également la décision prise le 20 juillet 1990 par le *Staatsanwaltschaft* du canton du Zürich refusant de connaître de l'opposition formée par Delfín Ugarte contre la décision d'entrée en matière prise le 30 janvier 1990 par le *Bezirksanwaltschaft* de ce canton, pour le motif que l'Office fédéral de la police avait, au sens de l'article 80, E.I.M.P., désigné le canton de Vaud comme « canton directeur ».

<sup>725</sup> L'ex-émir était accusé par son fils, qui l'avait détrôné, d'avoir fait verser sur des comptes bancaires personnels tout le produit des ventes de pétrole, pour un montant compris entre trois et sept milliards de dollars (*Journal de Genève*, 25, 26 et 27 mai, et *Dimanche matin*, 26 mai 1996).

<sup>726</sup> Ces personnes étaient accusées d'avoir en 1986, à l'époque où M. Rajiv Gandhi était premier ministre, touché des pots-de-vin à l'occasion de l'achat par le gouvernement indien, pour un montant total de 1 milliard trois cent millions de dollars, d'obusiers de cent cinquante-cinq millimètres (*Journal de Genève*, 22 et 23 janv. 1997).

<sup>727</sup> *Supra*, note 717.

Tamirat Layne <sup>728</sup> et pakistanais Benazir Bhutto <sup>729</sup>, tous accusés, à un degré ou à un autre, de détournements ou de corruption — parfois liés au trafic de la drogue — par les gouvernements qui leur avaient succédé... Sans compter que l'E.I.M.P., complétant la Convention européenne du 20 avril 1959 d'entraide judiciaire en matière pénale, servit de réceptacle aux enquêtes pour corruption ouvertes récemment en Italie et en Belgique contre plusieurs responsables politiques dans le cadre, notamment, de l'« opération » « mani pulite » — la coopération des autorités suisses, parvenant à un niveau jamais atteint, ayant été, dans le cadre de cette dernière, jusqu'à adresser aux autorités italiennes des demandes d'entraide « fictives » contenant « par avance » les renseignements que celles-ci attendaient (technique des « commissions rogatoires croisées ») <sup>730</sup>... Il n'est guère, en somme, que lorsque la demande introduite, insuffisamment précise ou étayée, présentait le caractère d'une « fishing expedition » ou « requête exploratoire » (*Beweisforschung*) — d'une « recherche générale et indéterminée de moyens de preuve », destinée à recueillir des preuves « au hasard » <sup>731</sup> —, que les magistrats requis ont refusé d'« entrer en matière ». Cela semble avoir été le cas en 1990, à l'égard de la demande d'entraide présentée par le nouveau gouvernement roumain pour récupérer les fonds qu'avaient, au dire des nouvelles

<sup>728</sup> *Journal de Genève*, 22 mai 1997 et 2 janv. 1998; *Le Temps*, 3 avr. 1998.

<sup>729</sup> L'ancien premier ministre était accusé de s'être illicitement enrichi dans l'exercice de son mandat, par le biais de corruption. Le blocage provisoire portait sur les comptes ouverts à son nom, à celui de son mari, Asif Ali Zardari, et à celui de sa mère, Nusrat Bhutto, auprès de quatre établissements bancaires de Genève, pour un montant avoisinant les vingt millions de francs suisses (*Journal de Genève*, 16 sept., 16, 20 et 28 oct., et *Le Monde*, 18 sept. 1997).

<sup>730</sup> P. BERNASCONI, « Bankbeziehungen und internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Neuere Entwicklungen », *R.S.D.A.*, 1995, pp. 69-70.

<sup>731</sup> Trib. féd., 25 mai 1977, X. und Konsorten g. Bezirksanwaltschaft Zürich und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, A.T.F. 103 Ia 206. Le tribunal avait en cette espèce à connaître de la légalité, au regard des dispositions de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, de perquisitions effectuées par des officiers de la police cantonale de Zürich, assistés d'officiers de police judiciaire allemands, au siège de diverses sociétés suisses accusées par le parquet de Hambourg de s'être illicitement enrichies à l'occasion d'un contrat de construction navale. La commission rogatoire allemande, rédigée en termes généraux et imprécis, ne satisfaisait en l'espèce pas aux conditions énoncées à l'article 14, al. 2, de la Convention, aux termes duquel toute commission rogatoire devait mentionner « l'inculpation » et contenir, en outre, « un exposé sommaire des faits » (*eine kurze Darstellung des Sachverhaltes*). L'irrégularité commise ne fut en définitive pas jugée suffisamment grave pour entacher de nullité les perquisitions accomplies : d'une part en effet, « [d]ie internationale polizeiliche Zusammenarbeit darf nicht durch unnötige formale Erschwerungen behindert werden », d'autre part, les documents saisis ayant été mis sous scellés à la demande de l'avocat d'une des sociétés recourantes, celles-ci ne pouvaient subir aucun préjudice jusqu'à ce que, l'autorité allemande ayant précisé sa demande, il soit définitivement statué sur l'admissibilité de celle-ci (*ibid.*, pp. 211-214, consid. 6 et 7).



autorités, détournés l'ancien président de ce pays Nicolae Ceaucescu, sa femme et les membres de sa famille <sup>732</sup>.

Dans l'ensemble cependant, les contentieux introduits ne paraissent guère avoir dépassé le stade — spectaculaire — des mesures provisoires et de l'« entrée en matière », parfois suffisants pour « forcer » la conclusion d'une transaction <sup>733</sup>. Seule la République du Mali — dont le Ministère suisse a, dans le cadre de l'aide au développement, assumé les frais d'avocat — peut se targuer d'avoir, au terme de la procédure, récupéré quelque trois millions deux cent mille francs suisses, augmentés des intérêts, que l'ancien président de ce pays Moussa Traoré avait mis au secret dans les banques de la Confédération. Encore l'issue relativement rapide de la procédure paraissait-elle due à la circonstance que les proches M. Traoré avaient laissé écouler les délais qui leur étaient impartis pour « recourir » contre la décision de restitution <sup>734</sup>.

## SECTION 2. — Aux États-Unis

### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

Confronté à la demande d'assistance des nouvelles autorités haïtiennes, le législateur américain paraît avoir partagé l'opinion émise, presque au même moment, par le département d'État à l'égard de l'ancien président Marcos : la situation créée par la présence sur le territoire des États-Unis d'avoirs détournés par ces anciens chefs d'État ne suffisait pas, quelle que soit l'« amitié » que les États-Unis pouvaient éprouver pour les revendications des nouveaux gouvernements, à créer la « unusual

---

<sup>732</sup> Cette information m'a été communiquée par M. Valdimir Stemberger, alors juge d'instruction à Genève. Dans une *interview* diffusée le 11 novembre 1996 sur le service mondial de la B.B.C., le député suisse J. Ziegler avait pourtant évalué à trois cent millions de dollars l'or que M. Ceaucescu avait déposé dans les banques de la Confédération.

<sup>733</sup> Le blocage des avoirs de l'ex-émir du Qatar fut par exemple levé à la suite d'une transaction conclue au mois de décembre 1996 entre l'ex-émir et son fils, qui lui avait succédé (*International Herald Tribune*, 11 déc. 1996 et 11 juill. 1997).

<sup>734</sup> *Journal de Genève*, 20 et 21 sept.; *Le Monde*, 22 sept., et *La Libre Belgique*, 27 et 28 sept. 1997.

and extraordinary threat (...) to the national security, foreign policy, or economy of the United States » nécessaire, sur la base de la section 1701 (a) du titre 50, U.S.C., à la constatation par le président d'un état d'urgence national et à la mise en œuvre par lui des pouvoirs qu'il tirait de l'*International Emergency Economic Powers Act*. C'est ainsi que peut être comprise l'adoption par le Congrès d'une loi spéciale destinée à rencontrer les revendications du nouveau gouvernement haïtien.

Ce fut l'objet du *Special Foreign Assistance Act* (1986)<sup>735</sup> — loi de coopération au développement qui, dans le but de « promouvoir la démocratie en Haïti », prévoyait notamment le versement au gouvernement provisoire de ce pays d'une aide économique suspendue à la condition, entre autres, qu'il « [continue] its investigation of alleged human rights abuses and corruption by the Duvalier government and [prosecute], in accordance with due process, those responsible for human rights abuses and corruption »<sup>736</sup>. S'agissant plus particulièrement de la « [r]ecovery by Haiti of assets stolen by Duvalier regime », la loi permettait au président de faire usage des pouvoirs que lui conférait la section 203 de l'*International Emergency Powers Act* « to assist the Government of Haiti in its efforts to recover, through legal proceedings, assets which the Government of Haiti alleges were stolen by former president-for-life Jean Claude Duvalier and other individuals associates with the Duvalier regime »<sup>737</sup>. « This subsection », ajoutait la loi, « shall be deemed to satisfy the requirements of section 202 of [the International Emergency Economic Powers Act] »<sup>738</sup>.

Les *findings*, selon lesquels la République d'Haïti n'avait pas les moyens financiers suffisants pour fournir les cautions requises à l'imposition d'« orders of attachment or other judicial seizures of property », et « the United States has a substantial foreign policy interest in helping the Government of Haiti recover any assets which were illegally diverted by those associated with the Duvalier regime »<sup>739</sup>, paraissent avoir été très étroitement interprétés par le président dans l'*Executive Order No. 12588* du

---

<sup>735</sup> AN ACT (...) TO PROMOTE DEMOCRACY IN HAITI (...), AND FOR OTHER PURPOSES, Publ. Law 99-529, 100 Stat. 3010, codifié en note sous 22 U.S.C., § 2151.

<sup>736</sup> Sec. 202 (d) (6).

<sup>737</sup> Sec. 204 (b).

<sup>738</sup> *Id.*

<sup>739</sup> Sec. 204 (a) (4) et (6).

18 mars 1987 qui procurait exécution à ces dispositions<sup>740</sup>. C'est en effet « for the limited purpose of preserving the status quo pending a judicial resolution of the proceedings that have been or may be instituted by the Government of Haiti (...), and without expressing any opinion as to the merits of any claim or defense in any judicial proceeding »<sup>741</sup>, que celui-ci décida le gel des avoirs situés aux États-Unis appartenant à Jean-Claude Duvalier et ses associés « or a taker from Jean Claude Duvalier or his associates ». Seuls étaient gelés les avoirs dont la République d'Haiti avait entrepris la récupération en justice, et dont elle n'était pas capable d'obtenir le *judicial attachment or seizure of property* faute de disposer des moyens financiers suffisants pour en fournir caution<sup>742</sup>. La mesure, de plus, serait levée « [u]pon the entry of final judgment and after exhaustion of any appeals that might be taken, as well as satisfaction of any judgment (...) »<sup>743</sup>. Il était enfin précisé que « [t]his Order is not intended to create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law by a party against the United States, its agencies, its officers, or any person »<sup>744</sup>.

L'unique mesure prise par les autorités américaines pour prêter assistance à la République d'Haïti dépendait ainsi étroitement — comme en leur temps les mesures décidées par les Accords d'Alger à l'égard des avoirs de l'ancien shah d'Iran — de l'utilisation par celle-ci de la voie « judiciaire ». Une nouvelle fois, l'État demandeur était invité à porter ses prétentions devant les tribunaux ordinaires.

---

<sup>740</sup> ACTION AGAINST CERTAIN ASSETS OF DISPUTED TITLE, E.O. No. 12558 of March 18, 1987, 52 Fed. Reg. 8859 (1987), pp. 8859-8860, reproduit dans *Codification of Presidential Proclamations and Executive Orders* (1945-1989), pp. 213-214, et rapporté dans *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1987, p. 956. Au moment de signer le *Special Foreign Assistance Act of 1986*, le président s'arrêta sur la section 204 de la loi, aux termes de laquelle « the President shall exercise certain authorities (...) to assist the Haitian Government to recover the assets it alleges were stolen by former President Jean Claude Duvalier and his associates ». Tout en précisant qu'il n'avait « no objection to assisting the Government of Haiti », il souligna qu'il entendait conserver sa pleine liberté dans la conduite de la politique étrangère de l'État. Si le Congrès, précisa-t-il, avait indiqué les actions spécifiques à entreprendre pour assister la République d'Haiti dans la récupération des avoirs détournés par Jean-Claude Duvalier et ses associés, « such a mandate would [have] unreasonably detract[ed] from the flexibility necessary to formulate and conduct a sound foreign policy ». « Fortunately », ajoutait-il, « the bill does not directly specify which of the many executive powers referenced by the International Emergency Economic Powers Act should be employed. Therefore, the President retains that the discretion to select those powers that are appropriate to carry out the legislation's purposes » (22 *Weekly Compilation of Presidential Documents* 1453 (Oct. 24, 1986), p. 1453).

<sup>741</sup> Preamble.

<sup>742</sup> Sec. 2 et 3.

<sup>743</sup> Sec. 4.

<sup>744</sup> Sec. 5.

## § 2. — *La phase « judiciaire »*

Les procédures judiciaires entreprises par la République d'Haïti devant les tribunaux américains se laissent distinguer en deux catégories. La première, relevant de l'entraide internationale en matière pénale, avait pour unique objet la collecte de moyens de preuve. La seconde, qui se range dans la voie « civile », tendait à la récupération même des avoirs que le nouveau gouvernement haïtien accusait l'ancien dictateur d'avoir frauduleusement acquis.

### A. — LES ACTIONS FONDÉES SUR LA SECTION 1728 (A) DU TITRE 28, U.S.C.

L'arsenal juridique américain est suffisamment riche pour contenir — à l'instar du droit suisse — une loi autorisant l'octroi de l'entraide judiciaire internationale sur une base unilatérale, à défaut même de traité fondé sur la réciprocité. Il s'agit de la *section* 1728 (a) du titre 28, U.S.C., « [a]ssistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals ». Cette disposition, qui limite l'ampleur de l'entraide à la seule collecte des documents de preuve, confère à la Cour de district dans le ressort de laquelle une personne réside ou est trouvée (*resides or is found*) le pouvoir de la contraindre « to give his testimony or statement or to produce a document or other thing » devant être utilisés dans une procédure pendante devant un tribunal étranger ou international. Ce pouvoir peut être exercé « pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person (...) ».

L'opportunité offerte par la législation américaine n'échappa pas à la *law firm* que le nouveau gouvernement haïtien avait chargée de coordonner la récupération des avoirs détournés <sup>745</sup>, qui, pour pallier le manque de preuves auquel elle avait à faire face <sup>746</sup>,

---

<sup>745</sup> « Stroock Is Trailing Baby Doc's Millions », *Nat. L. Journ.*, 9 juin 1986.

conseilla au nouveau gouvernement haïtien d'introduire contre les Duvalier une procédure pénale, plaçant les autorités haïtiennes dans les conditions d'application de la section 1782 (a) du titre 28, U.S.C.<sup>747</sup>.

Cette procédure fut introduite le 17 avril 1986. Elle conduisit le juge d'instruction de Port-au-Prince en charge du dossier à solliciter, par la voie de « letters of request for judicial assistance », d'une demi-douzaine de Cours de district la délivrance de *subpoenas* imposant à divers associés ou membres de la famille de l'ancien président, réfugiés aux États-Unis, la production de documents relatifs aux comptes qu'ils avaient ouverts auprès de banques américaines. Ces requêtes étaient chaque fois accompagnées d'une demande de désignation de la *law firm* chargée de la défense des intérêts d'Haïti en qualité de « commissioner » chargé, conformément à la section 1782 (a), « to administer any necessary oath and take the testimony or statement » — et ce, en vue de centraliser entre les mains de ce cabinet les informations relatives aux avoirs de l'ancien dirigeant et de son épouse<sup>748</sup>.

Les demandes introduites furent couronnées de succès, le beau-frère de M. Duvalier, M. Bennett, et l'ancien ministre des Finances d'Haïti, M. Merceron, ayant vainement tenté de s'y opposer, respectivement à New-York et en Floride<sup>749</sup>.

L'enseignement des décisions rendues est pour les besoins de l'étude relativement limité, les juges ayant abordé pour l'essentiel des questions de procédure. L'on soulignera simplement qu'ils n'ont pas manqué, pour estimer en l'espèce réunies les

---

<sup>746</sup> Voy. les déclarations de C. C. MECHTING, avocat de la République d'Haïti, au *National Law Journal* du 9 juin 1986. Le *Washington Post* du 6 mars 1987 rapporte, en sens inverse, que selon les avocats d'Haïti, « (...) the pillaging by Duvalier and his wife (...) was (...) so nonchalant as to leave a paper trail that has been assembled into 5,000 pages of documentary evidence ».

<sup>747</sup> Selon les indications de D. P. EDELMAN, avocat de la République d'Haïti, devant le *panel* de l'*American Society of International Law* réuni à Boston en 1987 (*A.S.I.L. Proceedings of the 81st annual meeting*, p. 398).

<sup>748</sup> *Id.*

<sup>749</sup> In re *Letter of Request for Judicial Assistance from the Tribunal Civil de Port-au-Prince, Republic of Haiti*, Misc. No. M19-113 (S.D.N.Y. June 27, 1986), inédit, qui rejette l'opposition formée par M. Bennett, et In re *Letter of Request for Judicial Assistance from the Tribunal Civil de Port-au-Prince, Republic of Haiti*, 669 F. Supp. 403 (S.D.Fla. 1987), qui rejette l'opposition formée par M. Merceron — mais limite le *subpoena* accordé aux documents relatifs aux mouvements intervenus sur son compte bancaire pendant la période où il avait exercé les fonctions de ministre des Finances.

conditions nécessaires à l'octroi de l'entraide, de se référer au *Special Foreign Assistance Act of 1986*, dont la section 202 (d) (6) faisait dépendre l'octroi d'une aide économique à Haïti de la « détermination » du président que les nouvelles autorités haïtiennes poursuivaient activement ceux qui, sous l'ancien régime, s'étaient rendus coupables de corruption. C'était donc, à l'estime des juges, que « (...) the United States and Haiti have a compelling interest in the criminal investigations (...) » — intérêt qui suffisait en l'espèce à justifier l'octroi de l'entraide<sup>750</sup>. Pour le surplus, M. Merceron se plaignait notamment d'une manière de détournement de la procédure pénale : « (...) it is inappropriate to seek customer bank records under the guise of a Section 1782 request for evidence in criminal proceedings in Haiti, when the underlying purpose is to attempts to recover these assets in federal and state actions »<sup>751</sup>. La Cour jugea le moyen « premature » et « speculative » : M. Merceron ne pourrait contester l'utilisation faite du *subpoena* qu'à l'occasion de l'action civile introduite contre lui devant les juges américains. Or pour l'heure, « [n]o civil suit is (...) pending against Merceron in the United States »<sup>752</sup>.

C'était assez dire que la voie de l'entraide pénale internationale ne pouvait servir qu'à la collecte de moyens de preuve. La récupération des avoirs dont l'État requérant prétendait avoir été dépossédé devait quant à elle emprunter les chemins de la voie « civile ».

## B. — LES ACTIONS « CIVILES »

À la différence de celles des républiques d'Iran et des Philippines, les tentatives de récupération entreprises par la République d'Haïti devant les tribunaux américains se limitèrent à la récupération de biens déterminés, situés sur le territoire des États-Unis.

---

<sup>750</sup> 669 F. Supp., p. 407.

<sup>751</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>752</sup> *Id.*

La raison s'en trouve sans doute dans la circonstance qu'au contraire de l'ancien shah et de l'ex-président Marcos, ni M. Duvalier, ni M<sup>me</sup> Duvalier n'étaient au moment de l'introduction des litiges présents sur le territoire des États-Unis, de sorte que les tribunaux américains ne pouvaient à leur endroit exercer leur juridiction que « in rem », et non « in personam ».

I. — *REPUBLIC OF HAITI V. CROWN CHARTERS, INC.*

Le premier des biens sur lequel le gouvernement haïtien tenta de mettre la main était un yacht de luxe, originellement dénommé « Niki » et à l'époque du litige « Victoria Won », qu'une firme de chantiers navals avait construit en 1984 sur les instructions personnelles de l'ex-président haïtien. Le « Niki » avait à la fin de cette même année été vendu — pour un prix de six millions de dollars, prélevé à charge de la Banque Nationale de Crédit haïtienne — à une société panaméenne, la Fincal Holding, Inc., dont M. Duvalier était en apparence le *beneficial owner*. Celle-ci avait revendu le yacht en mars 1986, moins d'un mois après le départ du pouvoir de M. Duvalier, et en avait perçu le prix de vente — non sans que la firme de chantiers navals, qui avait servi d'intermédiaire, n'eût au passage prélevé une forte commission.

Au mois de février 1987, la République d'Haïti saisit la Cour du district septentrional de Floride d'une action dirigée contre cette firme et contre l'acheteur du « Niki », accusés d'avoir agi de mauvaise foi, sachant que le yacht avait été acquis au moyen de fonds qui lui avaient été illicitement soustraits. L'action tendait à l'imposition d'un *constructive trust*, non seulement sur le yacht lui-même, mais même sur le prix qui en avait été payé et sur la commission perçue lors de sa vente, ainsi qu'au versement de *damages* <sup>753</sup>. L'État haïtien sollicitait avant dire droit l'octroi d'une

---

<sup>753</sup> *Republic of Haiti v. Crown Charters, Inc.*, 667 F. Supp. 839 (S.D.Fla. 1987). Une action ayant le même objet fut introduite parallèlement devant la Cour de circuit du comté de Broward (*The Republic of Haiti v. Fincal Holding, Inc., Robert Williamson, Carl Auguste Douyon, and Alexander Paul*, Civ. No. 86-13145 CR).

*preliminary injunction* destinée à prévenir *pendente lite* toute disposition du « Victoria Won ».

Les sociétés défenderesses alléguaient d'abord, à titre de moyens de défense, les théories de l'*Act of State* et de la *political question*, dont le *panel* de la Cour du neuvième circuit venait de juger, dans l'action en dommages et intérêts introduite par la République des Philippines contre l'ancien président Marcos, qu'elles faisaient obstacle à l'examen de la demande <sup>754</sup>. À l'appui de ce double argument, elles faisaient valoir qu'il était « impossible » de distinguer « among Duvalier's acts as an individual, his lawful acts as president, and his improper acts as president », et que, M. Duvalier ayant été à l'époque des faits « recognized by the executive branch (...) as the lawful government of the Republic of Haiti », elles n'avaient aucune raison de penser que ses agissements étaient « unauthorized » <sup>755</sup>. La Cour écarta l'une et l'autre théories, en prenant soin de distinguer l'espèce dont elle était saisie de celle que la Cour du neuvième circuit avait eu à connaître : la demande n'avait en l'espèce pas pour objet, souligna la Cour en citant le neuvième circuit, « the return of all or part of the former president's wealth allegedly looted from Philippine coffers », sur la base d'une « net worth theory » qui impliquait que « all of the Marcoses' wealth must have been stolen » <sup>756</sup>. Elle tendait plutôt « to trace specific assets to specific alleged misdeeds ». Or non seulement d'une telle demande la Cour du neuvième circuit avait expressément admis qu'elle ne heurterait pas la théorie de l'*Act of State*, mais encore elle se comparait utilement avec l'action, également dirigée contre M. et M<sup>me</sup> Marcos, tendant à la récupération des immeubles new-yorkais, que la Cour du deuxième circuit avait de son côté jugée parfaitement recevable <sup>757</sup>.

Il était possible, jugea la Cour, que la République demanderesse rencontre des difficultés de preuve. Mais celles-ci ne pouvaient suffire au rejet de la demande : « (...) the court is unwilling to hold that such proof is impossible as a matter of law » <sup>758</sup>.

---

<sup>754</sup> *Supra*, notes 588 et s.

<sup>755</sup> 667 F. Supp., p. 844.

<sup>756</sup> *Id.*

<sup>757</sup> *Id.*

<sup>758</sup> *Id.*



La demande d'avant dire droit fut immédiatement satisfaite, la Cour imposant, dès le 27 février, un *temporary restraining order*, remplacé, le 9 mars, par une *preliminary injunction* « enjoining defendants from selling, transferring, conveying, or disposing of the Niki and from cancelling, modifying, or discontinuing any insurance coverage on it » <sup>759</sup>. Cette *preliminary injunction* elle-même, pour laquelle la Cour avait exigé le dépôt d'une caution de cent mille dollars, perdit sa raison d'être le 18, lorsque l'*Office of Foreign Assets Control* du *Department of the Treasury* informa les défenderesses que le « Victoria Won » tombait sous le coup de l'*Executive Order* No. 12588 gelant « Certain Assets of Disputed Title » <sup>760</sup>.

Sur le fond, l'action, qui tendait à l'imposition d'un *constructive trust* sur des avoirs situés en Floride, fut soumise à la loi de cet État — ce que les parties d'ailleurs ne contestaient pas <sup>761</sup>. La demande fut dans un premier temps rejetée, pour le motif que la République demanderesse n'avait pas suffisamment établi « that the yacht was purchased with specific, ascertainable funds converted by Duvalier from the Haitian government » <sup>762</sup>. Cette opinion fut révisée cependant après que la République demanderesse eut apporté les preuves des paiements intervenus, au moyen de chèques tirés sur un compte ouvert au nom de la Banque Nationale de Crédit au profit de Fincal Holding, Inc. Ces chèques, considéra la Cour, suffisaient à identifier l'argent, et les avoirs acquis par son moyen, qui devaient faire l'objet du *constructive trust* <sup>763</sup>.

Le litige paraît en être resté au stade de la *discovery*, après que la Cour eut autorisé l'acheteur du « Victoria Won », qui prétendait que la République demanderesse utilisait contre lui des preuves irrégulièrement recueillies <sup>764</sup>, à interroger les membres

---

<sup>759</sup> *Ibid.*, pp. 841-842, note 1.

<sup>760</sup> *Id.*

<sup>761</sup> *Ibid.*, p. 843, note 4.

<sup>762</sup> *Ibid.*, p. 842.

<sup>763</sup> *Ibid.*, pp. 845-846 : « The amended complaint sets out specific check numbers and amounts and attaches copies of the checks, deposit tickets, wire transfert receipts, and other documents (...). The court is satisfied that this paper trail, if proven, would support an action for conversion (...) ».

<sup>764</sup> C'était les preuves que la *law firm* dont la République d'Haïti avait loué les services pour coordonner la récupération des avoirs de l'ancien président, avait recueillies en qualité de *commissioner* dans le cadre des procédures ouvertes sur la base de la section 1782 (a) du titre 28, U.S.C. Cette *law firm* s'était en l'espèce désistée, pour cause de conflit d'intérêts avec l'acheteur du « Victoria Won » (*ibid.*, p. 846).

de la *law firm* qui avait assuré la défense des intérêts d'Haïti dans le cadre des procédures ouvertes sur la base de la section 1782 (a) du titre 28, U.S.C. Simplement fallait-il que les questions fussent destinées à recueillir des informations dont il ne disposait pas par ailleurs, et ne violassent pas le « work product privilege » qui protégeait les « mental impressions, conclusions, opinions, or legal theories » élaborées par un avocat pour la défense de son client<sup>765</sup>. La Cour avait également autorisé l'acheteur du « Victoria Won » à interroger l'ambassadeur d'Haïti aux États-Unis, M. Pierre Sam, qui avait affirmé, dans une action parallèle introduite devant la Cour de circuit du comté de Broward, avoir une connaissance personnelle des flux financiers ayant permis à Fincal d'acheter le yacht<sup>766</sup>.

## II. — REPUBLIC OF HAITI V. DUVALIER

La seconde action était dirigée contre M<sup>me</sup> Duvalier elle-même, accusée de détenir sur deux comptes ouverts auprès d'une banque new-yorkaise quelque cinq millions et demi de dollars que la République demanderesse prétendait avoir été, entre '80 et '86, volés au ministère haïtien de la Défense nationale<sup>767</sup>. Le 5 août 1986, la République d'Haïti saisit la Cour suprême du comté de New-York d'une action tendant à l'imposition sur ces comptes d'un *constructive trust* et d'un *order* en ordonnant la restitution à l'État haïtien. Avant dire droit, elle sollicitait l'octroi d'une *preliminary injunction* « against transfer of any funds in the accounts pending determination of the action »<sup>768</sup>.

Saisie de la demande de *preliminary injunction*, la Cour rejeta le moyen que la défenderesse prétendait déduire de la théorie de l'*Act of State*. Citant la décision rendue

---

<sup>765</sup> « The court anticipates that Haiti will cooperate in this regard and that Haiti and Crown will be able to reach agreement on this discovery without the filing of further motions » (*ibid.*, p. 849).

<sup>766</sup> *Ibid.*, p. 849.

<sup>767</sup> *Republic of Haiti v. Duvalier*, 626 N.Y.S.2d et 211 A.D.2d 379 (A.D. 1 Dept. 1995). Ces comptes ne furent pas les seuls sur lesquels la République d'Haïti chercha à remettre la main : voy., sur le gel des avoirs détenus dans une banque de Floride par M. Paul Jérémie, *Republic of Haiti v. Jeremie*, 505 So.2d 629 (Fla. App. 3 Dist. 1987).

<sup>768</sup> 626 N.Y.S.2d, p. 473.

par la Cour du deuxième circuit dans l'action en récupération des immeubles new-yorkais introduite contre l'ex-président Marcos, elle estima que cette théorie « [did] not protect foreign officials from allegations regarding personal acts of conversion that do not purport to be done in the name of the sovereign » <sup>769</sup>. Elle ordonna en conséquence l'*injunction* sollicitée — non sans avoir constaté que ce faisant, elle se conformait à l'*Executive Order* présidentiel No.12588 et au *Statement of Interest* que lui avait présenté le département d'État, selon lequel, conformément au *Special Foreign Assistance Act of 1986*, les États-Unis avaient « a substantial foreign policy interest (...) in assisting the Haitian government in recovering its assets » <sup>770</sup>.

La procédure introduite paraît avoir par la suite connu quelques déboires, dûs sans doute à la réticence des gouvernements militaires successifs installés à Haïti de poursuivre les procédures entamées en 1986 par le gouvernement provisoire — il est probable que l'*injunction* ait été levée <sup>771</sup>. L'action ne semble avoir été réactivée par le gouvernement de M. Aristide, alors en exil aux États-Unis, qu'à la fin de 1993 ou au début de 1994. Deux *summary judgments* furent rendus sur le fond. Le premier, rendu en première instance par la Cour suprême du comté de New-York le 1<sup>er</sup> février 1994, rejetait la demande, pour le double motif que « plaintiff's voluminous documentary evidence was insufficient to plead or prove a claim of conversion under Haitian law », et qu'en toute hypothèse la théorie de l'*Act of State* faisait obstacle à l'examen de la demande <sup>772</sup>. Le second, rendu en degré d'appel par l'*Appellate Division* le 9 mai 1995, rejeta ce double argument.

---

<sup>769</sup> N.Y.L.J., Apr. 15, 1987, pp. 1 et 3. La Cour ajouta que la théorie de l'*Act of State* « should not protect the Duvaliers from liability for misappropriation of public funds for personal rather than governmental purposes » (*ibid.*, p. 3).

<sup>770</sup> *Ibid.*, p. 1 et 626 N.Y.S.2d, p. 474. L'*order*, daté du mois d'avril 1987, est demeuré inédit. Il est rapporté dans le *New York Law Journal* du 15 avril 1987 et dans la *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1987, p. 1334. Il fut, après que la République demanderesse eut été invitée à préciser le fondement donné à sa demande — dans le droit haïtien ou dans le droit fédéré de l'État de New-York — confirmé en deux *orders* distincts des 23 juillet et 22 décembre 1987, eux-mêmes confirmés en appel sans que l'*Appellate Division* ne délivre d'*opinion* (*Republic of Haiti v. Irving Trust Company*, 143 A.D.2d 1076 et 532 N.Y.S.2d 954 (A.D. 1 Dept Oct. 6, 1988), *motion for leave to appeal dismissed*, 73 N.Y.2d 871, 534 N.E.2d 334, 537 N.Y.S. 495 (N.Y. Jan. 17, 1989)).

<sup>771</sup> Au moment où l'*Appellate Division* statua, le 9 mai 1995, le dépôt qui se montait initialement à cinq millions et demi de dollars n'était plus que de trois cent mille dollars (626 N.Y.S.2d, p. 473).

<sup>772</sup> *Ibid.*

Citant les décisions rendues par les Cours du deuxième circuit dans l'action introduite contre M. et M<sup>me</sup> Marcos, relative aux immeubles new-yorkais, du neuvième circuit *en banc*, dans l'action introduite contre les mêmes personnes, fondée sur le R.I.C.O., et du cinquième circuit dans *Jimenez v. Aristeguieta*, la Cour jugea la théorie de l'*Act of State* inapplicable en l'espèce. Cette théorie avait pour objet de « prevent[...] the judiciary from intruding into the domain of the President and Congress in their management of foreign policy and relations »<sup>773</sup>. Or en l'espèce, « the United States took an official stance in support of the Republic of Haïti's position in this lawsuit »<sup>774</sup>. De plus, ainsi que la Cour suprême l'avait décidé dans *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, le départ du pouvoir de l'autorité dont les agissements étaient mis en cause était de nature à « déplacer » l'équilibre des « considérations pertinentes » pour l'application de la théorie<sup>775</sup>. Il en était *a fortiori* ainsi lorsque c'était l'État étranger qui cherchait à obtenir un jugement contre l'autorité qui avait quitté le pouvoir. Dans ces conditions, « there [was] little danger of interfering with the conduct of foreign policy or the adjudication giving offense to the foreign sovereign plaintiff »<sup>776</sup>.

Sur le fond, la Cour jugea suffisamment établi, dans le chef de M<sup>me</sup> Duvalier, le « tort of conversion » prévu par les lois haïtienne et new-yorkaise<sup>777</sup>. Elle renvoya les parties devant la Cour suprême, pour que celle-ci se prononçât sur le montant des *damages* auxquels la République d'Haïti pouvait prétendre à charge de M<sup>me</sup> Duvalier — *damages*, précisa la Cour, qui devaient représenter « the total amount of state funds ultimately possessed by defendant without authorization along with interest due »<sup>778</sup>.

L'appel formé contre cette décision par M<sup>me</sup> Duvalier paraît à l'heure actuelle toujours pendant.

---

<sup>773</sup> *Ibid.*, p. 474.

<sup>774</sup> *Ibid.*

<sup>775</sup> *Supra*, note 487.

<sup>776</sup> 626 N.Y.S.2d, p. 474.

<sup>777</sup> *Id.*, pp. 474 à 476.

<sup>778</sup> *Id.*, p. 476.

## SECTION 3. — En France

C'est « sans enthousiasme » que les autorités françaises virent, le 7 février 1986, M. Duvalier et son épouse débarquer à Paris <sup>779</sup>. Le ministère français chercha rapidement à se débarrasser de ces hôtes encombrants. En témoignèrent les quatre arrêtés d'expulsion que le ministre de l'Intérieur notifia le 14 février à M. Duvalier, son épouse, sa sœur et son beau-frère, pour le motif que leur installation constituait « une menace particulièrement grave pour la sécurité publique » — arrêtés annulés le 10 avril 1987 par le Tribunal administratif de Grenoble pour cause de motivation insuffisante <sup>780</sup>. Mais les refus successifs de l'Espagne, de la Grèce, de l'Italie, de l'Argentine, de la Suisse, du Libéria, du Maroc, du Gabon et du Brésil de recevoir l'ancien couple présidentiel eurent pour effet de prolonger indéfiniment un séjour « provisoire » prévu initialement pour durer moins d'une semaine <sup>781</sup>. M. et M<sup>me</sup> Duvalier n'en furent pas moins assignés à résidence, d'abord dans le département de la Haute Savoie, puis dans celui des Alpes maritimes, où ils s'installèrent le 7 mars <sup>782</sup>.

Le 18 février — un jour après que M. et M<sup>me</sup> Duvalier en eurent fait la demande —, le gouvernement français refusa de leur reconnaître le statut de réfugié politique. Ce refus, motivé à l'égard de M. Duvalier par la circonstance que l'ancien président s'était, en « couv[rant] de son autorité les graves violations des droits de l'homme commises en Haïti pendant la période où il exerçait les fonctions de Président de la République »,

<sup>779</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1986, p. 7, et *A.F.D.I.*, 1986, p. 963, qui rapportent l'un et l'autre les termes du communiqué rendu public par le Quai d'Orsay dans la matinée du 7 février : « [a]fin de faciliter la transition démocratique en Haïti, que souhaite le peuple haïtien, et afin d'éviter des troubles graves, en liaison avec le gouvernement américain, le gouvernement français accepte que M. Duvalier vienne en France avant de gagner un autre pays ». Ces termes, avec un peu plus d'humanité, n'étaient pas sans rappeler le traitement réservé, en 1979, à l'ex-empereur de Centrafrique Bokassa, qui demeura bloqué trois jours dans la carlingue de sa caravelle sur la base militaire d'Evreux, avant d'être contraint d'accepter l'asile de la Côte d'Ivoire (*Keesing's Contemporary Archives*, 1979, p. 29933; DECAUX, p. 124, notes 90 à 92).

<sup>780</sup> « [L]'expulsion d'un étranger du territoire français ne peut être prononcée que si sa présence sur ce territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, laquelle ne saurait être établie par une simple affirmation non assortie de faits précis » (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1987, p. 1345).

<sup>781</sup> *Ibid.*, 1986, p. 675.

<sup>782</sup> *Ibid.*, 1986, pp. 675-676, qui rapporte que les Duvalier contestèrent, avec succès, les conditions mises à leur séjour devant le Tribunal des référés de Paris.

rendu coupable d'« agissements contraires aux buts et principes des Nations unies », fut confirmé par le Conseil d'État en deux arrêts du 31 juillet 1992<sup>783</sup>.

Tout hostiles que les autorités françaises se fussent montrées à l'égard de l'installation de M. et M<sup>me</sup> Duvalier en France, elles ne paraissent avoir prêté aucune assistance aux nouvelles autorités haïtiennes dans leurs tentatives de récupérer les avoirs que ses anciens dirigeants lui avaient prétendument soustraits. En France comme en d'autres pays, le nouveau gouvernement fut invité à recourir à la voie « judiciaire ».

#### § 1<sup>er</sup>. — *La demande*

Les nouvelles autorités haïtiennes paraissent avoir tout ignoré des avoirs dans lesquels M. et M<sup>me</sup> Duvalier avaient placé leur fortune : seuls, parmi les investissements réalisés en France, un château que M. Duvalier et son épouse possédaient à Théméricourt, dans le Val d'Oise, un appartement que l'une des sœurs de M. Duvalier, Simone Duvalier, possédait à l'avenue Foch à Paris, et quelque cent vingt millions de francs français que M. Duvalier et son épouse avaient déposés dans diverses banques de la région parisienne, lui étaient connus. Il en sollicita et obtint, au mois de mai 1986, la mise sous séquestre à titre conservatoire des présidents des Tribunaux de grande instance de Pontoise, Paris et Nanterre<sup>784</sup>. Pour le reste, l'État

---

<sup>783</sup> Le refus était motivé, à l'égard de M<sup>me</sup> Duvalier, par la circonstance que les craintes de persécution qu'elle déclarait éprouver en cas de retour dans son pays d'origine « étaient la conséquence des graves violations des droits de l'homme commises (...) par les forces de sécurité placées sous la responsabilité de son mari », mais « n'étaient liées ni à ses opinions politiques, ni à aucun des autres motifs énumérés par les stipulations [de l'article 1<sup>er</sup>, § A] de la Convention de Genève ». (req. n° 81963, *Duvalier*, et req. n° 82962, *M<sup>me</sup> Duvalier*, J.C.P., 1992, II, n° 21950, concl. M. le commissaire du gouvernement F. SCANVIC, égal. publ. dans 111 I.L.R. 528 et dans *Documentation-Réfugiés*, suppl. au n° 211, 2/15 mars 1993, note TIBERGHEN). Les décisions attaquées, rendues le 18 juillet 1986 par la Commission de recours des réfugiés, sont publiées par ce dernier auteur, *La protection des réfugiés en France*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1988, p. 263, avec un commentaire, pp. 106 et s.

<sup>784</sup> *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1986, p. 1000.

haïtien ignorait si M. et M<sup>me</sup> Duvalier possédaient d'autres avoirs en France, quels en étaient la nature, la localisation et l'importance <sup>785</sup>.

Aussi, comme avant lui la République islamique d'Iran devant les juridictions de New-York, et la République des Philippines devant les juridictions fédérales de Californie, c'est sous la forme d'une demande de dommages et intérêts qu'il porta ses revendications principales contre M. et M<sup>me</sup> Duvalier. Il le fit au mois de juillet 1986, devant le Tribunal de grande instance de Grasse, dans le ressort duquel M. et M<sup>me</sup> Duvalier avaient « élu » résidence.

L'action, introduite par l'État haïtien agissant à la diligence du Directeur Général des Impôts à Port-au-Prince, auquel s'étaient joints divers organismes et sociétés publiques de cet État — la Minoterie d'Haïti, l'Office de l'assurance des véhicules contre tiers, la Loterie de l'État haïtien, la Commission de contrôle des jeux de hasard et la Banque nationale de crédit —, était dirigée contre M. Duvalier, son épouse, Michèle Bennet, divers membres de sa famille et certains de ses complices, dont l'ancien ministre des Finances Frantz Merceron. Elle tendait au paiement d'une somme totale de quelque cent vingt millions de dollars à titre de dommages et intérêts, destinés à compenser le préjudice causé aux demandeurs par les détournements que les défendeurs avaient commis « en abusant des fonctions qu'ils exerçaient », ou dont ils avaient personnellement « bénéficié » <sup>786</sup>. Précisant que « les détournements dont il [était] question (...) [avaient] été chiffrés en fonction d'investigations limitées concernant une période elle-même limitée », la demande tendait en outre à entendre « donner acte [aux demandeurs] de ce qu'ils se réserv[ai]ent la possibilité de saisir à nouveau les Tribunaux (...), à l'effet d'obtenir restitu[t]ion contre les défendeurs (...) d'autres sommes que ceux-ci seraient le cas échéant, susceptibles de s'être appropriés irrégulièrement » <sup>787</sup>.

---

<sup>785</sup> *Voy. Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] 1 Q.B. 202; [1989] 1 All E.R. 456; [1989] 2 W.L.R. 261; [1989] 1 Lloyd's Rep. 111; [1988] N.L.J.R. 234; [1989] 2 L.S. Gaz R 38, et 107 I.L.R. 490, C.A., ici, [1990] 1 Q.B., p. 214.

<sup>786</sup> *L'État [h]aïtien et autres c. Duvalier et autres*, R. n° 3636/87 et 1761/87, inédit, p. 3.

<sup>787</sup> *Id.*, p. 11.

À la demande principale étaient jointes deux autres demandes, fondées sur une fraude paulienne, et tendant à l'annulation, outre les dommages et intérêts, d'actes juridiques passés au préjudice des demandeurs. La première était formée contre une banque de Genève, accusée d'avoir fait inscrire sur le château de Théméricourt un privilège du vendeur, « dans le seul but de faire échec aux réclamations des éventuels créanciers de Jean-Claude Duvalier et de Michèle Duvalier, dont notamment l'État [h]aïtien » <sup>788</sup>. La seconde, contre l'un des ex-beaux frères de M. Duvalier, Max Dominique, accusé de s'être porté acquéreur de l'appartement de l'avenue Foch, « dans le seul but », analogue, « de faire échec aux réclamations des éventuels créanciers de Simone Duvalier, dont notamment à l'État [h]aïtien » <sup>789</sup>.

Ces deux dernières demandes intéressent assez peu l'étude. L'État haïtien s'est désisté de la demande qu'il avait formée contre la banque genevoise, pour le motif sans doute que celle-ci avait, depuis l'introduction de l'action, donné mainlevée de l'inscription prise en sa faveur sur le château de Théméricourt. Quant à la demande formée contre l'acheteur de l'appartement de l'avenue Foch, elle paraît avoir suivi le sort de la demande principale. Celle-ci concentra l'essentiel de l'argumentation des parties et des attendus du tribunal.

## § 2. — *Le Tribunal de Grasse*

M. Duvalier et les autres parties défenderesses ne se défendirent pas sur le fond. Ils invoquaient pour l'essentiel, à titre de moyen de défense, le caractère « public » ou « politique » de l'action introduite contre eux, dont il était précisé qu'elle émanait « [a]u surplus d'un État étranger ». Ce caractère devait, selon les défendeurs, conduire le tribunal à « se déclarer incompétent ou sans pouvoir » à son égard <sup>790</sup>. Les autres

---

<sup>788</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>789</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>790</sup> *Id.*, p. 12.



moyens portaient sur divers griefs de nullité et d'irrecevabilité tirés notamment de la « litispendance avec les procédures en cours à Haïti », de la prescription de la demande, et du défaut d'intérêt à agir des demandeurs « en raison des mesures de nationalisation et de séquestre qui leur [avaie]nt permis de s'approprier les biens des défendeurs en Haïti, biens d'une valeur supérieure à leur prétention » <sup>791</sup>.

Le tribunal ne paraît, en son jugement daté du 23 juin 1987, avoir examiné aucun des arguments soulevés par les défendeurs. C'est pour un autre motif qu'il se déclara « incompétent » — et même, par une manière de redondance, « absolument incompétent » — pour connaître du litige. Ce motif était tiré du partage des attributions, propre au droit français de la compétence judiciaire, entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif — partage dont le Tribunal des conflits avait tracé les lignes dans un arrêt du 26 mai 1954. « [E]n droit français », souligna le Tribunal, « l'action par laquelle un État demande à une juridiction de constater que des fonctionnaires ou des délégués de l'autorité publique (...) ont détourné, en utilisant les pouvoirs que leur conféraient leurs fonctions, mais en abusant de ces pouvoirs de façon fautive, des sommes importantes au préjudice de [cet État] ou d'organismes étatiques [de cet État] et de condamner ces personnes à rembourser à [cet État] les sommes qui auraient été ainsi détournées frauduleusement », « ne relève pas de la compétence des juridictions civiles mais exclusivement de la compétence de la juridiction administrative » <sup>792</sup>.

Sans doute, le Conseil d'État avait jugé que « les fonctionnaires et agents des collectivités publiques » étaient « pécuniairement responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service » lorsque « le préjudice qu'ils [avaient] causé à ces collectivités [était] imputable[...] à des fautes personnelles détachables de l'exercice de leurs fonctions » <sup>793</sup>. Mais en l'espèce, « bien que les fautes reprochées aux défendeurs (...) [fuss]ent des fautes détachables de l'exercice de leurs fonctions », « elles n'[avaient] pu être commises, si elles l'[avaient]

---

<sup>791</sup> *Id.*

<sup>792</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>793</sup> *Id.*

été, que grâce aux pouvoirs dont disposaient les défendeurs en leur qualité d'agents de l'État haïtien » <sup>794</sup>.

L'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire s'imposait aussi bien clairement, et cette incompétence, résultant d'une « règle d'ordre public », s'appliquait autant aux rapports « entre un État étranger et certains de ses agents » qu'aux rapports — seuls envisagés par le Tribunal des conflits — entre l'État français et ses agents. Cette incompétence « absolue », dérivant de la loi française, s'imposait même si « la loi interne haïtienne autoris[ait] l'État haïtien à déférer à une juridiction civile le litige l'opposant à ses agents » <sup>795</sup>.

### § 3. — *La Cour d'Aix-en-Provence*

La Cour d'Aix-en-Provence — qui rendit son arrêt le 25 avril 1988 — commença par récuser l'argumentation du premier juge, auquel elle fit grief d'avoir « transpos[é] dans l'ordre public international le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ainsi que les règles répartissant plus ou moins arbitrairement le contentieux entre les Tribunaux judiciaires et les Tribunaux administratifs » — principe et règles, insista la Cour, conçus pour régir « les litiges opposant en France l'Administration à l'un de ses agents », qui traduisaient la conception française de la séparation des pouvoirs et ne pouvaient, comme tels, être opposés à un État ou une personne publique étrangers <sup>796</sup>.

---

<sup>794</sup> *Id.*, pp. 13-14.

<sup>795</sup> Ch. ROUSSEAU approuve le jugement : le principe selon lequel le litige entre un État et son agent relève exclusivement de la compétence de la juridiction administrative, « règle d'ordre public qui s'impose aux tribunaux de l'ordre judiciaire », « est d'application constante dans la jurisprudence française, indépendamment du principe qu'un souverain étranger ne bénéficie plus de l'immunité juridictionnelle après son abdication » (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1987, p. 1346).

<sup>796</sup> 1<sup>e</sup> ch. civ., 25 avr. 1988, *État haïtien et autres c. Jean-Claude Duvalier et autres*, *Clunet*, 1988, p. 779, note HUET, égal. publ. dans *G.P.*, 1990, tables, v<sup>o</sup> Étrangers, n<sup>o</sup> 17, ici *Clunet*, 1988, p. 783, qui reproche au premier juge d'avoir erronément fait application, « pour la détermination de la compétence internationale des Tribunaux français, des règles conçues en droit interne français pour la mise en œuvre d'un principe de droit public français non transposable dans l'ordre international public » (*ibid.*).

Toutefois, ajouta la Cour, le rejet de la transposition ne devait pas suffire à prononcer l'accueil des prétentions de l'État haïtien et de ses co-demandeurs. Car, rencontrant cette fois un argument que les parties défenderesses avaient expressément soulevé, la Cour entendit replacer les termes du débat sur ce qu'elle considérait être le véritable enjeu du litige : « [i]l demeure que les Tribunaux français sont incompétents pour connaître d'un litige international dans lequel le demandeur étranger fonde sa demande sur le droit public de son pays » <sup>797</sup>.

L'énoncé du principe était relativement hasardeux. La Cour paraissait soustraire à la compétence internationale des cours et tribunaux français tous les litiges qui, introduits par un demandeur étranger, trouvaient leur fondement dans le droit public de son pays d'origine. La formule manquait manifestement de précision — et en ce sens déjà, relève M. Huet, elle « dé[ceva]it » <sup>798</sup>. Car, on le verra dans la suite de l'étude, il n'est pas exact que les tribunaux d'un État soient « incompétents » pour faire application du droit public d'un autre État — s'il en était ainsi, l'on ne verrait pas pourquoi la nationalité étrangère du demandeur y jouerait un rôle. Les circonstances de la cause permettent cependant de restituer à l'attendu la portée que la Cour a sans doute entendu lui donner : le « demandeur » étranger auquel la Cour s'était référée désignait l'État étranger lui-même, ou plus généralement l'autorité publique étrangère. La Cour avait décidé, comme l'avait fait la Division fédérale suisse de la justice dans l'avis de droit évoqué à propos de l'ancien shah d'Iran <sup>799</sup>, que les prétentions d'un État étranger fondées sur des dispositions de son droit public étaient irrecevables en France — ou, en d'autres termes, que les tribunaux français étaient sans pouvoir pour connaître d'une demande introduite par un État étranger, fondée sur des dispositions de son droit public.

Restait à déterminer si la demande de l'État haïtien tombait dans cette catégorie. Il ne suffisait sans doute pas à cette fin qu'elle opposât l'État haïtien à ses anciens agents.

---

<sup>797</sup> *Ibid.*, p. 783.

<sup>798</sup> Note précitée *Clunet*, 1988, p. 786.

<sup>799</sup> *Supra*, note 91.

Car pour déterminer si la règle d'irrecevabilité trouvait à s'appliquer, il y avait lieu, souligna la Cour, de « rechercher au-delà de la simple constatation du rapport existant entre l'État [h]aïtien et ses anciens dirigeants, la nature exacte de la demande de l'État [h]aïtien » <sup>800</sup>.

Cette recherche devait se faire à la lumière des « termes des assignations délivrées à la requête de l'État haïtien et des conclusions des parties intervenantes », d'où ressortait que c'est d'une « faute personnelle commise par les défendeurs alors qu'ils exerçaient le pouvoir en Haïti » que se prévalaient les demandeurs <sup>801</sup>. Il suffit à la Cour de se référer — implicitement — aux classifications du droit administratif français pour décider que « [l]es rapports entre une collectivité publique et celui de ses agents qui, par sa faute, lui caus[ait] un préjudice [étaie]nt des rapports d'ordre privé, l'agent qui commet[tait] une faute personnelle accomplissant un acte privé et devant être considéré relativement à sa faute comme une personne privée » <sup>802</sup>. « Les demandes n'éta[ie]nt [donc] fondées dans leur formulation sur aucune règle ou principe de droit public haïtien » <sup>803</sup> — ce qui suffisait à exclure l'application de la règle prédécrite.

Il convenait encore de s'assurer que les tribunaux de Grasse étaient territorialement compétents pour connaître du litige. C'est aux dispositions du droit commun français de la compétence judiciaire que la Cour se référa pour en juger. Elle confirma, du fait de la résidence des « principaux défendeurs » — M. Duvalier et son épouse — à Mougins, dans la circonscription de Grasse, la compétence des tribunaux de cette ville. Aux termes des articles 42 et 43 du nouveau Code de procédure civile en effet, la compétence territoriale revient aux tribunaux du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence du défendeur <sup>804</sup>.

La Cour ne s'est pas fondée, pour apprécier son pouvoir de juridiction et sa compétence internationale, sur les dispositions de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en

---

<sup>800</sup> *Clunet*, 1988, p. 783.

<sup>801</sup> *Ibid.*, p. 784.

<sup>802</sup> *Id.*

<sup>803</sup> *Id.*

<sup>804</sup> *Id.*

matière civile et commerciale. Sans doute a-t-elle estimé que le litige débordait du domaine d'application de cette Convention — soit que, l'autorité publique demanderesse ayant agi « dans l'exercice de la puissance publique », le litige excédait les limites des « matières civiles et commerciales » auxquelles l'article 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, circonscrit le champ d'application matériel de la Convention — ce qui, au vu de la motivation principale de l'arrêt, est peu probable <sup>805</sup>; soit que, du fait de la volonté des autorités françaises de donner un caractère « provisoire » au refuge de M. et M<sup>me</sup> Duvalier en France, la résidence des « principaux défendeurs » en France ne réunissait pas les conditions du « domicile » légal auquel l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, subordonne son application territoriale, ce qui l'est davantage <sup>806</sup>.

Dans le même temps, le recours aux articles 42 et 43 du Nouveau Code de procédure civile français impliquait nécessairement la constatation, pour fonder la compétence des tribunaux de la circonscription judiciaire de Grasse où M. et M<sup>me</sup>

---

<sup>805</sup> La notion de « matière civile et commerciale », a précisé la Cour de justice des Communautés européennes, reçoit dans le système de la convention une interprétation autonome, se référant « non au droit d'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux ». Elle a pour effet d'exclure du domaine d'application de la convention les « litiges opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique » (14 oct. 1976, aff. 29/76, *Firme LTU et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne — Eurocontrol*, Rec., 1976, p. 1541, égal. publ. dans *Rev. crit.*, 1977, p. 772, note DROZ, et dans *Clunet*, 1977, p. 707, obs. HUET, qui refusa de soumettre aux dispositions de la convention l'*exequatur* en Allemagne d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait condamné une entreprise allemande au paiement de redevances de routes que l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne percevait sur les détenteurs d'aéronefs pour l'utilisation des services qu'elle prestait (Bruxelles, 16 déc. 1974, confirmant Trib. com. Bruxelles, 7 mars 1974, *Jurisp. comm. Belg.*, 1974, III, p. 520, note LITVINE); 14 juill. 1977, aff. 9/77 et 10/77, *Bavaria Fluggesellschaft Schwabe & Co. et Germanian Bedarfsfluffahrt GmbH & Co. c. Eurocontrol*, Rec., 1977, p. 1517, égal. publ. dans *Clunet*, 1978, p. 393, obs. HUET, qui, dans une espèce analogue, précisa que les termes « en matière civile et commerciale » qui figuraient aussi dans le Traité germano-belge du 30 juin 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires pouvaient recevoir, dans le cadre de cette convention bilatérale, une interprétation différente de celle qu'elle recevait dans le cadre de la convention multilatérale — interprétation sur laquelle la Cour n'avait pas de contrôle à exercer, et 16 déc. 1980, aff. 814/79, *État néerlandais c. Rüffer*, Rec., 1980, p. 3807, égal. publ. dans *J.T.*, 1981, p. 82, et dans *Clunet*, 1982, p. 463, obs. BISCHOFF, qui — dans une espèce intéressant, comme en l'affaire *Duvalier*, une action en responsabilité délictuelle — décida que l'action introduite par le gestionnaire des voies d'eau publiques et tendant au remboursement des frais d'enlèvement d'une épave sortait du champ d'application de la convention. La circonstance que l'organisme demandeur avait choisi de recouvrer les frais exposés par la voie judiciaire plutôt que par la voie administrative ne suffisait pas, précisa la Cour, à qualifier le litige de « civil » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la convention). En l'espèce toutefois, souligne A. HUET, l'État et les organismes publics haïtiens avaient agi « exactement comme l'aurait fait un simple particulier » (note précitée, *Clunet*, 1988, p. 791).

<sup>806</sup> L'on sait qu'aux termes de l'article 52, al. 1<sup>er</sup>, de la convention, c'est à la lumière de sa « loi interne » que se règle la question de savoir si une personne est domiciliée sur le territoire d'un État membre. La Cour était donc en l'espèce invitée à déterminer si M. et M<sup>me</sup> Duvalier avaient leur domicile en France au regard de l'ordre juridique français.

Duvalier « résidaient », que ceux-ci n'avaient pas conservé leur domicile en Haïti — une constatation, souligne M. Huet, qui « pouvait être faite sans difficulté » <sup>807</sup>, et que la Cour a sans doute faite implicitement.

Le raisonnement retenu, qui constatait tout à la fois que M. et M<sup>me</sup> Duvalier n'étaient pas « domiciliés » en France et avaient perdu leur domicile en Haïti, impliquait ainsi qu'ils étaient, au regard de l'ordre juridique français, des personnes internationalement privées de domicile...

#### § 4. — *La Cour de cassation*

C'est à la même conclusion — en dépit de la prolongation du séjour de M. et de M<sup>me</sup> Duvalier en France — qu'a dû parvenir la Cour de cassation, appelée à connaître du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence. Pas davantage que celle-ci, la Cour ne s'est interrogée sur l'application de la Convention de Bruxelles au litige dont elle était saisie — ce qui, du même coup, la dispensa d'examiner s'il entraînait parmi les « matière[s] civile[s] et commerciale[s] » visées par l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

C'est, comme la Cour d'Aix, en droit commun français que raisonna la Cour de cassation.

Celle-ci commença par préciser la portée de la règle d'« incompétence » dans le cadre de laquelle la Cour d'appel avait entendu raisonner : la règle en cause, affirma-t-elle, née « de la combinaison » des « règles de droit international régissant les relations entre États » et de l'article 3 du Code civil, proclamait le « défaut de pouvoir des juridictions françaises de connaître, en principe, des demandes d'un État étranger ou d'un organisme de droit public étranger, fondées sur des dispositions de droit public,

---

<sup>807</sup> Note précitée, *Clunet*, 1988, p. 793.

dans la mesure où, du point de vue de la loi française, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique » <sup>808</sup>.

Au regard de celle utilisée par la Cour d'Aix, la formule retenue apparaissait plus précise. Le « défaut de pouvoir » (et non l'« incompétence ») des juridictions françaises ne pouvait exister d'abord qu'à l'égard des demandes introduites par un « État étranger » ou un organisme public de cet État : c'est sous cette forme de « personne publique » que devaient être lus les termes « demandeur étranger » qu'avait utilisés la Cour d'appel. Les critères employés pour délimiter l'étendue du pouvoir de juridiction des tribunaux français étaient ensuite doubles. Il ne suffisait pas, pour qu'ils fussent privés de leur pouvoir de juridiction, que la demande fût « fondée sur des dispositions de droit public » de l'État demandeur — seul critère qu'avait retenu la Cour d'Aix-en-Provence. Il convenait encore que son « objet » fût « lié à l'exercice de la puissance publique ». Ce second critère paraissait même, à la lecture de l'attendu, premier — ce qui, fit remarquer M. Bischoff, ne manquait pas de rappeler les termes utilisés par la Cour de justice des Communautés européennes pour délimiter l'étendue des « matière[s] civile[s] et commerciale[s] » auxquelles est limitée l'application de la Convention de Bruxelles <sup>809</sup>. C'était bien, enfin, au regard de la *lex fori* que devait s'opérer, à la lumière de ce double critère, la qualification de la demande.

Restait à déterminer si la règle ainsi établie trouvait à s'appliquer.

La Cour ne paraît pas avoir douté que la demande fût en l'espèce introduite par un État étranger ou un organisme public de ce pays : les cinq organismes qui avaient joint leur demande à celle de la République haïtienne avaient bien la qualité d'« organismes publics ». Non douteuse à l'égard de la loterie de l'État haïtien, de la Commission de contrôle des jeux de hasard et — sans doute — de la Banque nationale de crédit, la question pouvait paraître plus délicate à l'égard de l'Office de l'assurance des

---

<sup>808</sup> 1<sup>re</sup> ch. civ., 29 mai 1990, *Consorts Duvalier et autres c. État Haïtien et autres*, *Rev. crit.*, 1991, p. 386, obs. BISCHOFF, et *Clunet*, 1991, p. 137, note. L'arrêt est également rapporté dans *D.S.*, 1990, *I.R.*, p. 153, *Rev. crit.*, 1991, p. 387.

<sup>809</sup> Obs. citées, *Rev. crit.*, 1991, p. 389.

véhicules contre tiers et, surtout, de la Minoterie d'Haïti <sup>810</sup>. Mais la Cour ne s'en embarrassa point. Sans doute parce que le Tribunal de Grasse avait constaté avant elle — sans être sur ce point contredit par les demanderesses — que, « compte tenu de la structure des cinq organismes qui [avaient] joint leur action à celle de l'État haïtien », MM. Duvalier et Merceron se trouvaient bien, à leur égard, dans la même situation de « fonctionnaires ou employés publics » qu'à l'égard de l'État lui-même <sup>811</sup>.

La première condition d'application de la règle se trouvait réunie. Il fallait encore qualifier la demande, au regard du double critère de la nature des règles sur lesquelles elle était fondée et de celle de son objet. Sur le premier point, la Cour prit l'exact contrepied de la Cour d'Aix. Elle décida que « selon la loi française prise en tant que loi de qualification du for, les litiges relatifs aux rapports entre un État et ses dirigeants, quelle que soit la nature des fautes commises par ceux-ci, (...) ne peuvent trouver leur solution que dans les principes de droit public » <sup>812</sup>. Plus étonnante est la réponse apportée sur le second point, car elle est en tout point identique à celle apportée au premier — comme s'il n'y avait entre les deux critères aucune différence : « (...) les litiges relatifs aux rapports entre un État et ses dirigeants, quelle que soit la nature des fautes commises par ceux-ci, sont nécessairement liés à l'exercice de la puissance publique (...) » <sup>813</sup>.

Tirant la conclusion, la Cour constata le « défaut de pouvoir » des juridictions françaises pour connaître de la demande formée par la République d'Haïti contre son ancien dirigeant, son épouse, et leurs divers complices, non sans avoir laissé les frais et dépens de l'instance à la charge des consorts Duvalier et de leurs comparses — par un curieux « qui gagne perd » « p[o]u[van]t laisser songeur » <sup>814</sup>...

La Cour ayant fait usage de l'article 627, al. 1<sup>er</sup>, du nouveau Code de procédure civile, pour décider qu'il n'y avait pas lieu à renvoi, le contentieux prit définitivement

---

<sup>810</sup> *Id.*

<sup>811</sup> R. n° 3636/87 et 1761/87, pp. 12-13.

<sup>812</sup> *Rev. crit.*, 1991, p. 387.

<sup>813</sup> *Ibid.*, p. 387.

<sup>814</sup> J. M. BISCHOFF, obs. citées, *Rev. crit.*, 1991, p. 390.



fin — conduisant semble-t-il à la levée des séquestres dont faisaient l'objet les avoirs dont la République d'Haïti avait eu connaissance <sup>815</sup>.

\*  
\* \*

Nombreuses ont été les réactions provoquées par l'arrêt qui, rendu sur le plan du « pouvoir de juridiction » dans le but, peut-être, d'épargner au juge français d'avoir à se prononcer sur le fond d'une prétention de nature politique <sup>816</sup>, est lui-même chargé d'une profonde signification politique <sup>817</sup>. M. Bischoff explique, pour justifier que la règle d'irrecevabilité eût en l'espèce trouvé à s'appliquer, que « c'est en remontant à l'acte ou à la situation-source que la Cour de cassation trouve les éléments permettant de qualifier les droits ou les actions qui pourront ensuite en être les conséquences ». Or à ce dernier égard, poursuit l'auteur, « il est difficilement contestable que les liens unissant un État à ses dirigeants, et qui se trouvent bien à l'origine des faits reprochés par le premier aux seconds, sont fortement marqués par l'exercice de la puissance publique, et échappent au droit commun de la responsabilité civile ou pénale, ainsi qu'en témoigne par exemple l'existence de la Haute cour dans le système constitutionnel français » <sup>818</sup>. L'on peut se demander s'il n'y a pas dans ce dernier appel à l'organisation du système judiciaire une simple pirouette, car s'il existe des infractions spécifiques à charge des hauts dirigeants de l'État ainsi qu'une procédure

---

<sup>815</sup> Le château de Théméricourt fut en 1992 vendu aux autorités régionales pour un prix (un million deux cent mille dollars) qui fut entièrement versé à M. Duvalier (*Los Angeles Times*, 21 sept. 1994).

<sup>816</sup> Cf. B. AUDIT, qui relève, à l'appui de la règle invoquée par la Cour, que « le rejet de [l]a demande au fond pourrait (...) faire plus mauvais effet qu'une irrecevabilité fondée sur un principe indifférencié » ; « une décision négative sur le fond sera en définitive plus embarrassante qu'une irrecevabilité fondée sur la nature de la demande » (obs. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 2 mai 1990, *Rev. crit.*, 1991, resp. pp. 382 et 385).

<sup>817</sup> « En fait », commenta l'avocat de la République d'Haïti, « si on avait pu montrer que le gouvernement de Port-au-Prince souhaitait aller jusqu'au bout de la procédure, le procureur général [près] la Cour de cassation aurait pris des réquisitions qui nous auraient été favorables (...). Il aurait dit qu'il s'agissait d'un litige purement privé, que Duvalier n'était pas jugé comme un homme public mais comme un simple voleur ayant détourné de l'argent. Alors, la justice française pouvait se déclarer compétente. Mais l'État haïtien — qui venait de passer aux mains de Prosper Avril, un proche de Duvalier — n'a pas manifesté une réelle volonté de poursuivre ce procès. Les juges français ne pouvaient pas être plus royalistes que le roi ! » (*Jeune Afrique Économie*, déc. 1991, pp. 168-169).

<sup>818</sup> Obs. citées, *Rev. crit.*, 1991, p. 390.

particulière pour la mettre en œuvre, il n'est pas certain que l'on puisse à leur égard parler de dérogation au droit commun de la responsabilité civile ou pénale... Mais peut-être la solution est-elle en définitive venue non d'une erreur de qualification, mais directement de la règle même, celle de l'irrecevabilité des demandes fondées sur des dispositions de droit public et dont l'objet est lié à l'exercice de la puissance publique, que la Cour s'est donnée pour prémisse ?

Il est trop tôt pour le dire. La solution, en toute hypothèse, contraste singulièrement avec la décision rendue, quelques années auparavant, par la *Court of Appeal*, saisie au lendemain de l'arrêt par lequel la Cour d'Aix s'affirmait « compétente », d'une action « accessoire » à celle introduite en France.

#### SECTION 4. — En Angleterre

##### § 1<sup>er</sup>. — *La demande*

L'action était « accessoire », car introduite le 3 juin 1988 devant la *Commercial Court* par l'État et les cinq organismes haïtiens qui s'étaient portés demandeurs avec lui devant les juridictions françaises, elle ne tendait nullement à la récupération d'avoirs <sup>819</sup>. Bien plutôt avait-elle pour objet l'obtention de mesures provisoires, consistant d'une part dans le « temporary restraint » des avoirs des défendeurs dans le monde entier, d'autre part dans la « disclosure » par une firme de *solicitors* londoniens qui avait servi d'intermédiaire dans le placement d'avoirs détournés du Trésor public haïtien, d'informations sur la nature, l'importance et la localisation de ces avoirs <sup>820</sup>.

<sup>819</sup> « The crucial feature of this case is that the republic does not seek any substantive relief in England » (la décision est citée à la note 785 ci-dessus, ici [1990] 1 Q.B., p. 210).

<sup>820</sup> *Ibid.*, pp. 203. Le choix du juge londonien paraît avoir été motivé par la présence de cette firme de *solicitors*, dont la république demanderesse avait appris que M. Duvalier avait loué les services sur les conseils d'un avocat français spécialisé dans les techniques de dissimulation bancaire. Il apparut par la suite que cette firme détenait pour compte des Duvalier pas moins de onze comptes bancaires, situés dans différents pays (*ibid.*, p. 207).

Ces *interim measures* devaient venir à l'appui de la procédure introduite en France — à l'égard de laquelle la Cour d'Aix venait de se déclarer « compétente » —, mais aussi, souligna en appel le juge Staughton, de toute procédure ultérieure que, sur la base des informations qui lui seraient communiquées, la République d'Haïti et les organismes publics de ce pays pourraient introduire à l'avenir contre leurs anciens dirigeants, dans quelque for que ce soit <sup>821</sup>.

La procédure, à l'origine unilatérale, conduisit dès le jour de son introduction la *Commercial Court* à imposer aux défendeurs deux « *restraining orders* » leur faisant interdiction « *from dealing with assets which represented the proceeds of the payments which are complained of in the French action* », et « *from removing from the jurisdiction or dealing with their assets within the jurisdiction* » à concurrence de cent vingt millions de dollars, réclamés par les demandeurs devant les juridictions françaises. À ces « *restraining orders* » s'ajoutait un « *disclosure order* » enjoignant aux *solicitors* londoniens des défendeurs de révéler aux demandeurs, sans en avertir leurs clients, la nature, l'importance et la localisation de leurs avoirs <sup>822</sup>.

En appel, le débat se centra, après que la procédure fut devenue contradictoire, sur la double question de la compétence internationale du juge anglais, et du principe ainsi que de la portée territoriale des *injunctions*.

## § 2. — *La compétence internationale*

À aucun moment, en leur premier moyen, les défendeurs ne paraissent avoir mis en doute le « pouvoir » des juges anglais de connaître de la demande pour des motifs analogues à ceux qui en avaient justifié le rejet devant les juges français.

---

<sup>821</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>822</sup> *Ibid.*, p. 208, et, sur la suite de la procédure, pp. 208-209.

Ils invoquaient plutôt un arrêt de la Chambre des Lords, par lequel la haute juridiction avait décidé qu'une *interlocutory injunction* du type de celles que les demandeurs sollicitaient n'était qu'un « ancillary order », « incidental to the relief that [the plaintiff] in fact desires », et, comme telle, ne constituait pas une « cause of action » suffisante pour fonder la compétence internationale du juge anglais. Celui-ci ne pouvait en connaître que s'il était saisi de l'action principale <sup>823</sup> — ce qu'en l'espèce il n'était pas <sup>824</sup>.

La Cour eut tôt fait de rejeter l'argument, par un raisonnement qui présupposait la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 applicable au litige — ce qui devait signifier tout à la fois, dans l'opinion de la Cour, qu'il intéressait une « matière civile et commerciale » au sens de l'article 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la Convention, et que les défendeurs étaient domiciliés sur le territoire d'un État partie à cette Convention — la France. La Cour souligna que le *dictum* de la Chambre des Lords auquel se référaient les défendeurs avait été « superseded » par la section 25 (1) du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* qui, dans le but de procurer exécution à l'article 24 de la Convention, disposait que « [t]he High Court (...) shall have power to grant interim relief where — (a) proceedings have been or are to be commenced in a contracting state other than the United Kingdom (...) ».

Cette disposition signifiait non seulement qu'une demande de mesures provisoires pouvait suffire à elle seule à fonder la compétence internationale des juges anglais — ce que, semble-t-il, les défendeurs ne contestaient pas —, mais aussi, sur le strict plan procédural, qu'elle constituait une « claim » suffisante au sens des *Rules of the Supreme*

---

<sup>823</sup> « [T]he High Court has no power to grant an interlocutory injunction except in protection or assertion of some legal or equitable right which it has jurisdiction to enforce by final judgment (...) » *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A., The Siskina*, [1979] A.C. 210, [1977] 3 All E.R. 803, [1977] 3 W.L.R. 818, [1978] 1 C.M.L.R. 190, et [1978] 1 Lloyd's Rep 1, H.L., ici [1979] A.C., p. 256, avec les commentaires de CHESHIRE & NORTH, pp. 192 et 330-331, et de L. COLLINS, pp. 48 à 52).

<sup>824</sup> Cet arrêt, que Lord Denning, M.R., considéra comme « the most disappointing reversal of [his] career » (*Due Process of Law*, Butterworths, London, 1980, p. 141), paraît bien former aujourd'hui encore le « droit commun », si l'on peut dire, de la *common law* (*Mercedes-Benz A.G. v. Leiduck*, [1995] 3 W.L.R. 718, P.C.).

*Court* pour permettre, sans autorisation de la Cour, la citation de défendeurs se trouvant « out of the jurisdiction » — ce qu'apparemment, ils avaient mis en doute <sup>825</sup>.

Les *Rules of the Supreme Court* contenaient encore une condition d'absence de litispendance, aux termes de laquelle les défendeurs se trouvant « out of the jurisdiction » ne pouvaient, sur la base de la Convention de Bruxelles, être cités à comparaître que si « no proceedings between the [same] parties concerning the same cause of action are pending in the courts of any (...) other Convention territory » <sup>826</sup>. Or en l'espèce, soulignaient les défendeurs, « (...) the English proceedings concern the same cause of action as the French proceedings » <sup>827</sup>.

La Cour eut à nouveau vite fait de rejeter l'argument, en soulignant que l'article 21 de la Convention de Bruxelles — qui aménage un mécanisme de litispendance entre les juges des États membres — ne pouvait avoir eu en vue de neutraliser l'article 24, relatif à l'octroi de mesures provisoires. Celui-ci manquerait totalement son effet si les mesures provisoires ou conservatoires auquel il se réfère ne pouvaient être obtenues lorsque « a substantive action has already been commenced in another contracting state between the same parties » <sup>828</sup>. Les articles 21 et 24 avaient été placés par les auteurs de la Convention de Bruxelles à des niveaux différents — à des stades différents, respectivement « substantive » et « interim », de la procédure <sup>829</sup>. Le texte des *Rules of the Supreme Court* n'en était que le reflet. Il devait être interprété à la lumière de cette articulation, et était destiné simplement à exécuter l'« obligation » faite à chaque État contractant par l'article 24 de la Convention « to make available in aid of the courts of other contracting states such provisional and protective measures as its

---

<sup>825</sup> La dérogation à la jurisprudence *Siskina* pouvait s'interpréter de deux manières : « [s]ince the enactment of section 25, either a claim for interim relief is itself a cause of action, or there can be proceedings and a claim without a cause of action. Which solution one chooses is merely a matter of semantics; there is no need to make such a sterile choice, and I do not do so » ([1990] 1 Q.B., p. 211).

<sup>826</sup> R.S.C., Ord. 11, r. 1 (2) (a) (i). La Cour fit remarquer que, « curiously », les rédacteurs des *Rules of the Supreme Court* n'avaient pas utilisé le même vocabulaire que les auteurs de la Convention de Bruxelles : alors que ceux-ci utilisaient les termes « involving the same cause of action (...) », ceux-là utilisaient les termes « concerning the same cause of action (...) ». La Cour renonça à examiner plus avant ce que pouvait recouvrir cette différence de vocabulaire ([1990] 1 Q.B., p. 211).

<sup>827</sup> *Id.*

<sup>828</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>829</sup> « It is (...) plain that article 24 deals with provisional and protective measures as a different topic, not impinging on article 21 » (*id.*).

own domestic law would afford if its courts were trying the substantive action ». « That would be [the] harmonisation of jurisdiction (...) » que les auteurs de la Convention avaient entendu réaliser <sup>830</sup>.

### § 3. — *Le principe et la portée territoriale des injonctions*

Le second moyen mettait en cause les *injunctions* que la *Commercial Court* avait prononcées, tant dans leur principe que dans leur portée territoriale — question double, et qui relevait moins du droit que de la « discrétion » du juge.

Sur le principe, la Cour concéda qu'une « proprietary claim » — une demande par laquelle le demandeur « seeks the return of chattels or land which are his property, or claims that a specified debt is owed by a third party to him and not to the defendant » — donnait aux tribunaux une marge de « discrétion » plus large qu'une simple « monetary claim » — une demande « which seeks only a money judgment » <sup>831</sup>. Les conditions de l'octroi d'une *injunction* n'étaient pas moins réunies en l'espèce. C'est parce qu'ils ne savaient pas, au moment de l'introduction de l'action, où les avoirs « revendiqués » étaient situés, que les demandeurs avaient en effet saisi les juridictions françaises d'une simple « monetary claim ». L'un des buts de l'action qu'ils avaient entreprise devant elle était précisément de recueillir les informations indispensables sur la localisation de ces avoirs <sup>832</sup>. Sans aller jusqu'à affirmer que les procédures entamées en France avaient pour cette raison le caractère d'une « proprietary » ou d'une « tracing claim », la Cour s'affirma « confident that ownership will be asserted when and where the assets are found ». « This », ajouta-t-elle, « is then something of a

<sup>830</sup> L. COLLINS expose que l'interprétation est exagérée : l'article 24 de la Convention de Bruxelles n'oblige pas le juge national à prendre, sur la base de sa loi, des mesures provisoires ou conservatoires. Cette disposition crée seulement une faculté, en sorte que le pouvoir d'appréciation discrétionnaire que le juge anglais retient traditionnellement en cette matière est conservé. Dans la pratique toutefois, il est exact que « the courts of Contracting States do make their remedies available in aid of proceedings in other Contracting States » (p. 56).

<sup>831</sup> [1990] 1 Q.B., pp. 213-214 (« [i]t may be that the powers of the court are wider, and certainly discretion is more readily exercised (...) » (*ibid.*, p. 213).

<sup>832</sup> « One of its objects was to find out » (*ibid.*, p. 216).

hybrid situation (...) »<sup>833</sup>, suffisante pour permettre l'exercice par la Cour de sa « discretion ».

Il fallait encore déterminer si celle-ci avait en l'espèce été exercée à bon escient. Les défendeurs soutenaient que tel n'était pas le cas — alléguant des moyens différents à l'endroit des « restraining » et du « disclosure order ».

À l'égard de ce dernier, les défendeurs soulignaient que le premier juge avait imprudemment permis à la République d'Haïti de prendre connaissance d'informations confidentielles, alors qu'elle ne disposait pas des moyens de contrôler l'utilisation qui en serait faite<sup>834</sup>. Mais, outre qu'à ce jour la République avait toujours pris soin de solliciter l'autorisation de la Cour avant de faire usage des informations qu'elle recevait, et qu'elle s'était à cet égard toujours conformée à ses directives, sa qualité d'État souverain était un motif, plutôt qu'un empêchement, de lui permettre un plein accès à l'information : une manière de confiance entre États interdisait à la Cour de songer « that [a foreign sovereign] would be at all likely to break an undertaking given to the court »<sup>835</sup>. En toute hypothèse, si la République d'Haïti méconnaissait les engagements qu'elle avait pris, les juges du fond, « particularly those in the European Community », ne manqueraient pas d'en tirer les conséquences « in any proceedings between the republic and the Duvalier family »<sup>836</sup>. Simplement, quant au *drafting* de l'*injunction*, la Cour prit soin d'y adjoindre une *Babanaft proviso* destinée à protéger les tiers, ce qui, croyait-elle, « may encourage the courts of other countries to enforce the English order; and if it has that effect it is in my opinion desirable »<sup>837</sup>.

Quant aux « restraining orders », l'erreur du premier juge aurait été d'en étendre la portée aux biens des défendeurs situés dans le monde entier, alors qu'au plus ils

---

<sup>833</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>834</sup> « (...) [I]t is said that the court would have no sanction which could be imposed if the republic were to break [his] undertaking [de se conformer aux directives de la Cour dans l'utilisation des informations] » (*ibid.*, p. 217).

<sup>835</sup> *Id.*

<sup>836</sup> *Id.*

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 218.

devaient être limités aux seuls biens sur le territoire du Royaume-Uni. Les motifs en étaient multiples : « the English courts have no jurisdiction on the merits, none of the (...) defendants are resident here, there is no judgment against them, the assets concerned are mainly, if not wholly, outside the jurisdiction, and the proper court to make such orders is either the French court at Grasse or the court(s) having jurisdiction where the assets are located »<sup>838</sup>. La Cour reconnut que les cas dans lesquels il était « appropriate » d'ordonner une « injunction, pending trial, over assets worldwide » étaient « rare — if not very rare indeed »<sup>839</sup>. Mais en l'espèce précisément, elle se trouvait saisie d'un « most unusual case »<sup>840</sup> — caractère qui lui venait non de la « nature or strength of the republic's cause of action »<sup>841</sup>, mais plutôt d'une manière de mauvaise foi des défendeurs, qui, de leur propre aveu, avaient tenté de « conceal their assets, or place them beyond the reach of courts of law » pour échapper à la campagne de persécution dont ils disaient être l'objet<sup>842</sup>.

Non seulement, souligna la Cour, pareil comportement ne constituait guère un moyen de défense approprié contre cette prétendue campagne<sup>843</sup>, mais il formait en lui-même une raison suffisante d'ordonner l'octroi d'une « worldwide injunction » : « [t]his case demands international co-operation between all nations. (...) [I]f ever there was a case for the exercise of the court's powers, this must be it »<sup>844</sup>.

\*

\* \*

---

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>839</sup> *Ibid.*, p. 215. *Adde* p. 216, où la Cour parle de « a most unusual measure, such as should very rarely be granted ».

<sup>840</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>841</sup> *Id.*

<sup>842</sup> « What to my mind is determinative is the plain and admitted intention of the defendants to move their assets out of the reach of the courts of law, coupled with the resources they have obtained and the skill they have hitherto shown in doing that, and the vast amount of money involved » (*ibid.*, pp. 216-217, qui cite à l'appui de cette considération le mémoire déposé pour les défendeurs par leur avocat français, le professeur Vaisse).

<sup>843</sup> « If the Duvalier family have a defence to the substantive claim, and feel that they are being persecuted, then their remedy (...) is to co-operate in securing an early trial of the dispute. It is not to secrete their assets where even the most just decision in the world cannot reach them » (*ibid.*, p. 217).

<sup>844</sup> *Ibid.*, p. 217, qui ajoute, en citant le juge Kerr dans *Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne* : « some situations (...) cry out — as a matter of justice to the plaintiffs — for disclosure orders and *Mareva* type injunctions covering foreign assets of defendants even before judgment » ([1990] Ch. 13, [1989] 1 All E.R. 433, [1989] 2 W.L.R. 232, [1988] 2 Lloyd's Rep. 435, [1988] N.L.J.R. 203, CA, ici [1990] Ch. 33).



La *Court of Appeal* a, dans son appel aux exigences de la coopération internationale, pris l'exact contrepied de la Cour de cassation de France qui, des règles de droit international régissant les relations entre États, avait déduit l'irrecevabilité des prétentions de la République d'Haïti. Tout encourageant que ce prononcé pouvait être pour celle-ci, il semble qu'il soit demeuré parfaitement théorique. Une semaine avant le prononcé de la *Commercial Court*, les Duvalier, sans doute « tuyautés » par des informateurs peu scrupuleux, transférèrent les quelque vingt-et-un millions de dollars qu'ils possédaient à Londres sur un compte bancaire luxembourgeois où la trace s'en perdit rapidement... Ce qui, selon l'avocat français de la République d'Haïti, acheva de décourager celle-ci dans les procédures de récupération — moins convaincantes dans leurs résultats que celles des Philippines — qu'elle avait entreprises <sup>845</sup>. L'histoire se terminait mal... Mais pas mieux pour Jean-Claude Duvalier, divorcé, désargenté et « disparu », qui mènerait aujourd'hui, sur la Côte d'Azur, une « vie de clochard » <sup>846</sup>.

---

<sup>845</sup> *Los Angeles Times*, 21 sept. 1994.

<sup>846</sup> *Le Temps*, 9 déc. 1998. Quant à M<sup>me</sup> Duvalier, remariée à un Français, et qui aurait emporté dans le divorce la « part du lion », elle serait à présent établie à Cannes, avec les deux enfants nés de son premier mariage (*Los Angeles Times*, 21 sept. 1994).

## CHAPITRE 4. — L'EX-PRÉSIDENT MOBUTU

Ce n'est pas le moindre paradoxe de M. Mobutu, acculé par la progression des troupes de l'Alliance rebelle, d'avoir, quelques semaines avant sa chute, alors que maintes voix réclamaient la confiscation de sa fortune personnelle, employé contre un ancien allié les « armes » qui, quelques temps plus tard, allaient — mais dans la confusion — se déchaîner contre lui. Le 15 avril 1997 — un mois, presque jour pour jour avant la chute du régime mobutiste —, le ministre de l'information du « gouvernement légal » annonçait la « fuite » de l'ex-premier ministre Kengo wa Dondo, accusé d'avoir, on ne sait trop comment, laissé les caisses de l'État si vides qu'il n'y avait même « plus d'argent pour faire la guerre »<sup>847</sup>. Le gouvernement, disait-il, envisageait avec sérieux de lancer contre l'ancien premier ministre un « mandat d'arrêt international », ce qui indigna même l'*International Herald Tribune* qui titrait, dans son édition du 18 avril, qu'au Zaïre, il n'y avait plus de « respect » « for the rules governing corruption »... Cette dernière « ruse »<sup>848</sup>, un peu grossière, et qui ne semble avoir débouché sur rien, campe assez bien un personnage qui, jusqu'au bout, a pu surprendre ses plus farouches détracteurs...

---

<sup>847</sup> *International Herald Tribune* et *La Libre Belgique*, 16; *Le Soir*, 17 avr. 1997.

<sup>848</sup> Y en eut-il une « dernière » ? Le départ du pouvoir de M. Mobutu ne fut qu'une suite de ruses, depuis la sarabande de ses voyages en Suisse et en France et de ses « visites officielles » dans des pays voisins, comme le Gabon, pour y consulter ses « alliés » (*International Herald Tribune*, 8, 10 et 11 mai 1997), jusqu'à cette « lettre ouverte aux citoyens français à propos de la démocratie en France et au Zaïre » que le premier ministre du gouvernement « légal », M. Likulia, fit paraître dans *Le Monde* le 16 mai 1997 pour inviter chaque Français à « peser de tout son poids » pour que ses « cousins » du Zaïre puissent « saisir la chance de la démocratie et se déterminer (...) dans le cadre d'élections libres » — une lettre dans laquelle l'*International Herald Tribune* du même jour voyait « a thinly veiled invitation for a last-minute French intervention ». Le jour même, le Maréchal décidait de se ternir désormais « à l'écart des affaires ». Le 17, les troupes rebelles entraient dans Kinshasa (*International Herald Tribune*, 17-18 mai 1997).

M. Mobutu lui-même ne paraît, au lendemain de son exil pour Rabat, guère avoir été traité avec plus de ménagement que l'ancien shah d'Iran et l'ex-président Duvalier. L'« Office des biens mal acquis » mis en place par le nouveau gouvernement de Kinshasa pour saisir, gérer et liquider les avoirs des fonctionnaires corrompus de l'ancien régime <sup>849</sup> ne semble à son endroit et à celui de ses proches pas avoir attendu l'issue des procédures pénales ouvertes par le parquet kinois pour prononcer la confiscation de ses avoirs et en superviser la « restitution » à la « nation » congolaise <sup>850</sup>. Il n'est guère cependant que sur le territoire congolais que les ordres de confiscation ont été exécutés. Ailleurs, c'est-à-dire dans tous les États — États-Unis, France, Portugal, Autriche, Afrique du Sud notamment — où l'ancien dictateur pouvait avoir placé une partie de sa fortune, le gouvernement de M. Kabila s'est borné à solliciter l'« assistance » des autorités gouvernementales. Seules la Suisse et la Belgique paraissent à ce jour y avoir répondu positivement — engageant l'« affaire Mobutu » dans les voies d'une procédure judiciaire qui n'est encore, dans l'un et l'autre pays, qu'à ses balbutiements.

## SECTION 1<sup>re</sup>. — En Suisse

### § 1<sup>er</sup>. — La phase « administrative »

La durée de la guerre civile congolaise, entrée dans une phase décisive à l'automne 1996, explique que, bien avant que M. Mobutu n'annonce, le 16 mai 1997, qu'il se tenait désormais « à l'écart des affaires » et que, le 17, les troupes de M. Kabila entrent dans Kinshasa, des voix s'étaient élevées — tant en Suisse qu'au sein de l'Alliance rebelle —

<sup>849</sup> *International Herald Tribune*, 24 nov. 1997.

<sup>850</sup> Voy., sur le sort de l'ancien yacht présidentiel, « restitué » à l'Office national des transports congolais, *Le Monde*, 13 nov. 1997.

pour obtenir des autorités helvétiques le gel des avoirs que le président zaïrois possédait en ce pays <sup>851</sup>.

Les autorités suisses auraient pu y donner suite, sur la double base du « devoir de diligence » des banques et de l'article 102, chiffre 8, de la Constitution, qui les avaient en son temps conduites à geler les avoirs de M. Marcos. Le Conseil fédéral déclina de le faire, par dédain de « donner le ton » alors que, « pour l'heure, aucun État n'a[vait] décider de geler les avoirs de M. Mobutu », et par respect pour l'inviolabilité dont, en sa qualité de président de la République du Zaïre, il le pensait encore revêtu <sup>852</sup>. Quant à la Commission fédérale des banques qui, au lendemain de l'affaire Marcos, avait annoncé *urbi et orbi* que les banques devraient à l'avenir se conformer « d'elles-mêmes » à l'« obligation » que leur faisait leur devoir de diligence de « ne pas accepter un retrait de fonds important » lorsque, une requête d'entraide judiciaire en matière pénale n'ayant pas été officiellement présentée, « des mesures de sûreté par les autorités compétentes [étaient] imminentes » <sup>853</sup>, elle se borna à « demand[er] de manière informelle à une dizaine de banques si de l'argent du président zaïrois était déposé chez elles ». « Toutes », rapportait le *Journal de Genève* du 18 avril 1997, « [répondirent] par la négative ».

La progression des troupes de l'Alliance devait modifier la donne. Établi à Lubumbashi, M. Kabila était désormais en mesure de faire parvenir aux autorités suisses une demande d'entraide internationale en matière pénale qui « porte bien les enseignes d'un représentant officiel du Zaïre » <sup>854</sup>. Cette demande, datée du 7 mai, parvint le 13 au Ministère public de la Confédération, avec la promesse d'être « suivie de demandes similaires d'autres procureurs de territoires tombés sous le contrôle des rebelles » <sup>855</sup>.

---

<sup>851</sup> Les demandes de blocage émanaient des responsables de l'Alliance (*International Herald Tribune*, 7 avr. et 7 mai 1997), d'hommes politiques suisses (*Le Monde*, 16 avr. 1997), et du Conseil d'État du canton de Vaud (*Journal de Genève*, 17, 18 et 19 mai 1997).

<sup>852</sup> *Journal de Genève* et *Le Nouveau Quotidien*, 18 avr. 1997.

<sup>853</sup> C.F.B. *Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht 1986*, pp. 128-129.

<sup>854</sup> *Journal de Genève*, 15 mai 1997.

<sup>855</sup> *Ibid.* et *International Herald Tribune*, 15 mai, *Le Monde* et *Le Soir*, 16 mai 1997.

Elle donna à l'« affaire Mobutu » le tournant judiciaire qu'attendaient les autorités suisses <sup>856</sup>. Le 16 — la veille du renversement de M. Mobutu —, l'Office fédéral de la police décida de se charger de la procédure d'entraide. Le jour même, il ordonna, à titre de mesure provisoire, qu'une « restriction d'aliéner » soit inscrite au registre foncier en marge du titre que M. Mobutu détenait sur une villa de Savigny <sup>857</sup>. D'autres mesures provisoires, consistant dans une visite domiciliaire et l'apposition des scellés sur cette villa, furent prises dix jours plus tard <sup>858</sup>.

Seule cependant, dans l'immédiat, la villa de Savigny était concernée. Les autres biens, et notamment les comptes bancaires que l'ancien président et ses familiers possédaient en Suisse demeuraient en dehors de la procédure d'entraide, pour cause d'« imprécision » de la demande — qui, on veut le croire, avait à leur endroit les apparences d'une « fishing expedition » <sup>859</sup>. Les autorités congolaises, qui avaient reçu jusqu'au 15 novembre pour compléter leur dossier <sup>860</sup>, paraissent avoir donné satisfaction à l'Office fédéral de la police puisque, vers cette date, celui-ci ajouta aux mesures provisoires qu'il avait prises en mai le « gel des avoirs de [l]a famille [Mobutu] » et « la collecte des pièces bancaires liées au dossier » <sup>861</sup>.

Les biens laissés en-dehors de la procédure d'entraide n'étaient entre-temps pas demeurés indemnes. L'ouverture, le 16 mai, de la procédure d'entraide internationale en matière pénale et la chute, le lendemain, du régime mobustiste, semblent avoir en effet enhardi les autorités suisses, qui s'empressèrent de prendre les mesures que l'Alliance attendait depuis le mois d'avril. Prenant acte du « départ de M. Mobutu qui n'exer[çait] plus désormais la fonction de président du Zaïre », le Conseil fédéral

---

<sup>856</sup> Dans son refus d'intervention, daté du 16 avril 1997, le Conseil fédéral avait expressément souligné que « [d]e plus, aucune demande d'entraide judiciaire officielle n'[avait] été transmise » (*Journal de Genève*, 18 avr. 1997).

<sup>857</sup> *Ibid.*, *Financieel Economische Tijd*, *Le Soir* et *De Standaard*, 17, 18 et 19, *International Herald Tribune*, 17 et 18, et *Le Monde*, 18 et 19 mai 1997.

<sup>858</sup> Voy. sur ce point Trib. féd., 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ., 24 juill. 1997, *Joseph Désiré Mobutu Sese Seko c. Office fédéral de la police*, J.T., 1998, note, exposé des faits, B, p. 95.

<sup>859</sup> *Journal de Genève*, 17, 18 et 19 mai, et *International Herald Tribune*, 17 et 18 mai 1997.

<sup>860</sup> *Journal de Genève*, 20 et 21, et *La Libre Belgique*, 27 et 28 sept. 1997.

<sup>861</sup> *Journal de Genève*, 2 déc. 1997. En revanche, l'Office fédéral de la police disait « toujours manquer des précisions demandées » à l'endroit de douze personnes de l'entourage de M. Mobutu qui avaient, au mois d'août, fait l'objet d'une deuxième demande d'entraide (*id.*, et *La Libre Belgique*, 8 août 1997).

ordonna le 17 mai, pour une période d'un an, le gel des avoirs de l'ancien président et de ceux de sa famille. Selon une technique volontiers utilisée aux États-Unis par le *Department of the Treasury*, il fit obligation à toute personne détenant ou administrant pareils avoirs de lui en communiquer la liste <sup>862</sup>. Le 14 déjà, la Commission fédérale des banques avait ordonné aux quatre cent six banques de la Confédération de lui faire savoir avant la fin du mois « si [elles] dét[enaient] ou non, y compris dans les succursales et filiales en Suisse et à l'étranger, des avoirs appartenant directement ou indirectement à la famille Mobutu, ou à des personnes et des sociétés qui, à leur connaissance, lui [étaient] proches » — entraînant dès lors, sur la base du devoir de diligence rappelé plus haut, le gel *de facto* de ces avoirs <sup>863</sup>.

## § 2. — La phase « judiciaire »

La modification de l'E.I.M.P., intervenue le 4 octobre 1996, avait notamment eu pour effet de réduire sensiblement le nombre des recours que des personnes « visées par la procédure d'entraide » étaient en droit d'introduire — les auteurs de la loi n'ayant pas dissimulé leur intention de diminuer les possibilités de chicane dont, dans des procédures intéressant d'anciens chefs d'État notamment, ces personnes avaient jusqu'alors fait usage <sup>864</sup>. Cette intention ne paraît pas avoir découragé M. Mobutu qui, avant même que l'Office fédéral de la police n'eut décidé d'« entrer en matière » sur la demande d'entraide, alors que la procédure ouverte à l'endroit de M. Mobutu et de ses familiers n'en était qu'à ses balbutiements, déféra au Tribunal fédéral les mesures provisoires qu'il avait prises sur la propriété de Savigny <sup>865</sup>.

<sup>862</sup> *Dimanche matin*, 18 mai, et *International Herald Tribune*, 19 mai 1997.

<sup>863</sup> *Journal de Genève*, 17, 18 et 19 mai et 4 juin 1997. L'enquête, dont les résultats furent rendus publics le 3 juin, révéla que ces avoirs, un moment estimés à onze milliards de francs suisses, se chiffraient selon les banques à moins de cinq millions (*Journal de Genève*, *International Herald Tribune*, et *Het Belang van Limburg*, 4, et *Le Monde*, 7 juin 1997). Il n'est pas certain que les autorités suisses en furent parfaitement convaincues, qui invitèrent six banques de Genève à leur fournir des informations complémentaires... (*Financial Times*, 5 déc. 1997).

<sup>864</sup> F.F., 1995, III, pp. 5 et s.

<sup>865</sup> Encore seule était mise en cause la légalité de la visite domiciliaire et de l'apposition des scellés du 26 mai, M. Mobutu ayant semble-t-il laissé écouler le délai dans lequel il lui aurait été possible de recourir aussi contre la « restriction d'aliéner » (*J.T.*, 1998, p. 95, consid. 1a).

Il n'est pas étonnant dès lors que le Tribunal ait, en son premier considérant, entendu vérifier avec soin la recevabilité du recours. Sa conclusion était à cet égard relativement sibylline : décidant que la visite domiciliaire, « qui a déjà déployé tous ses effets », ne remplissait pas la condition du « préjudice immédiat et irréparable » auxquels les article 80g, al. 2, et 80e, *litt. b*, nouv., E.I.M.P., suspendaient l'introduction d'un recours contre une décision incidente, il parut hésiter à l'égard de la mise sous scellés : le recourant, constata-t-il, « n'a (...) pas seulement perdu le droit de disposer de [l'immeuble, mais aussi la faculté d'en jouir d'une quelconque manière » <sup>866</sup>. Les autorités suisses ayant, dès le 4 novembre 1996, privé M. Mobutu et ses familiers de visa <sup>867</sup>, la remarque n'était pas dénuée de piquant. Elle ne pouvait semble-t-il se référer qu'à une éventuelle mise en location — qui, dans son principe, aurait été assez analogue à celle dont fit l'objet le chalet que l'ex-Shah d'Iran possédait à Saint-Moritz, dans l'attente d'une décision définitive de la justice helvétique sur la procédure de récupération que la République islamique avait entreprise à son endroit <sup>868</sup>.

Quoiqu'il en soit, le Tribunal se garda en définitive de répondre à la question de la recevabilité du recours, celui-ci se révélant « de toute façon manifestement mal fondé » <sup>869</sup>. Tout économique qu'elle fût, cette façon d'esquiver la question n'était pas moins curieuse. Il fallait semble-t-il considérer qu'acceptant d'en examiner le bien-fondé, le Tribunal avait nécessairement jugé le recours recevable.

Sur le fond, M. Mobutu ne se prévalut d'aucun des arguments qu'avaient soulevés avant lui MM. Marcos et Duvalier. Il fallait se garder de considérer qu'il y avait renoncé — le recours entrepris se situant au seul stade des mesures provisoires. Il en invoquait plutôt deux autres, inédits, directement liés aux particularités de sa situation.

Le premier soutenait qu'à l'époque où l'Office fédéral de la police avait décidé de se charger de la procédure d'entraide, le recourant était toujours « chef de la République du Zaïre », et que « la République du Congo [n'existait] pas encore, faute d'avoir été

---

<sup>866</sup> *Ibid.*, consid. 1b.

<sup>867</sup> *International Herald Tribune*, 15 nov. 1996.

<sup>868</sup> *Supra*, note 95.

<sup>869</sup> *J.T.*, 1998, p. 95, consid. 1b.

reconnue au plan international » — de sorte que la demande d'entraide, « [é]manant d'un simple mouvement politique insurrectionnel », devait être tenue pour « nulle » <sup>870</sup>.

L'argument, on veut le croire, a dû surprendre les autorités suisses. Celles-ci avaient pris soin de s'assurer que le procureur général *ad interim* de Lubumbashi était le « représentant compétent des autorités judiciaires zaïroises » <sup>871</sup> — « représentant » dont le département fédéral des Affaires étrangères s'était plu à souligner — comme si cette circonstance lui donnait un surcroît de légitimité — qu'il « a[vait] été nommé avocat général (...) par le gouvernement Mobutu » avant d'être désigné le 3 avril aux fonctions de procureur général *a. i.* <sup>872</sup>. La question dépassait de beaucoup pourtant la qualité d'un seul homme. Nommé ou non par le régime Mobutu, le procureur général *a. i.* de Lubumbashi avait en l'espèce agi non comme l'agent de la justice officielle du Zaïre, mais comme celui du mouvement insurrectionnel que dirigeait M. Kabila, et qui s'était emparé de la ville.

C'est d'un conflit entre deux autorités rivales qu'il s'agissait.

La difficulté fut, dans un premier temps, esquivée par le Tribunal qui, toute considération de droit international mise à part, se reporta au texte de l'article 18, E.I.M.P., modifié par la loi du 4 octobre 1996. Dès l'instant qu'aux termes de cette disposition, des mesures provisoires pouvaient « lorsqu'il y a péril en la demeure » « et que les renseignements fournis permettent d'examiner si toutes les conditions sont remplies » être ordonnées « dès l'annonce d'une demande » d'entraide, il importait en définitive assez peu, constata-t-il, que la demande formée par le procureur de Lubumbashi fût ou non régulière : il suffisait, à défaut, de la considérer comme l'« annonce d'une demande d'entraide », suffisante pour fonder en droit les mesures querellées <sup>873</sup>.

---

<sup>870</sup> *Ibid.*, consid. 2.

<sup>871</sup> *Journal de Genève*, 17, 18 et 19 mai 1997.

<sup>872</sup> *Ibid.*

<sup>873</sup> *J.T.*, 1998, p. 95, consid. 2a et b.



Abordant plus directement le fond de l'argument, le Tribunal ajouta que « [l']inexistence alléguée de l'État requérant au moment du dépôt de la demande ne fai[sait] pas obstacle au prononcé des mesures provisoires », car « on p[ouvait] concevoir que [parvenue à existence,] la République démocratique du Congo ratifie[rait] la démarche entreprise (...) »<sup>874</sup>. Passons sur la méprise. Un simple changement de dénomination ne paraissant en droit international pas suffisant pour entraîner une rupture de la continuité étatique, ce n'est pas l'existence de l'État requérant, mais la qualité des autorités demanderesses pour le représenter valablement sur la scène internationale — leur qualité gouvernementale — qui était en cause<sup>875</sup>. Le Tribunal paraissait à cet égard se référer à la pratique bien établie en jurisprudence, consistant en vue de coller de plus près à la réalité à tenir pour réguliers *ab initio* les actes accomplis par des autorités rebelles, après que celles-ci ont été reconnues<sup>876</sup>. Il était ainsi convaincu que cette pratique, forgée dans des contentieux privés, dans lesquels devaient être respectées les légitimes attentes des particuliers, pouvait sans objection s'étendre à la répression pénale qui fondait en l'espèce la demande des autorités de M. Kabila.

En un second moyen, soucieux de se justifier, M. Mobutu faisait valoir que la villa de Savigny lui appartenait à titre « privé » pour avoir été recueillie en 1977 dans la succession de sa première épouse<sup>877</sup>. Mais « [a]u stade actuel de la procédure », souligna le Tribunal, l'« on ignor[ait] comment l'ex-épouse du recourant (...) a[vait] acquis la propriété de Savigny, et [l']on ne [pouvait] (...) exclure que cette acquisition [eût] un rapport avec les faits motivant la demande »<sup>878</sup>. Le Tribunal semblait ainsi faire la supposition que la villa de Savigny ne s'était elle-même trouvée dans le patrimoine successoral de feu M<sup>me</sup> Mobutu qu'à la suite d'infractions similaires à celles reprochées à son défunt mari, ce qui justifiait qu'elle était elle-même susceptible de confiscation ou de restitution à ses légitimes propriétaires.

---

<sup>874</sup> *Ibid.*, consid. 2b.

<sup>875</sup> VERHOEVEN, *La reconnaissance...*, n° 26 et s., pp. 66 et s.

<sup>876</sup> *Id.*, « Relations internationales... », p. 83.

<sup>877</sup> « [I]l s'agirait d'un bien privé, totalement étranger aux infractions qui lui sont reprochées » (*J.T.*, 1998, p. 95, consid. 2).

<sup>878</sup> *Ibid.*, consid. 2b.

La procédure d'entraide ouverte en Suisse à l'endroit de M. Mobutu paraît ainsi se poursuivre — les autorités suisses, dans l'attente sans doute des progrès de la procédure pénale ouverte à Kinshasa contre M. Mobutu et ses sbires, s'étant cependant à ce jour gardées de transmettre le moindre document aux autorités congolaises et, plus encore, de leur remettre aucun des avoirs revendiqués.

## SECTION 2. — En Belgique <sup>879</sup>

### § 1<sup>er</sup>. — *La phase « administrative »*

Interpellées, au lendemain du renversement de M. Mobutu, par des députés de l'opposition sur le sort qu'elles entendaient réserver aux propriétés que l'ancien président possédait en Belgique, les autorités belges paraissent avoir exclu d'emblée tout recours aux mesures de contrainte administrative. L'« affaire Mobutu » ne devait à leur estime trouver sa solution que dans les voies du règlement judiciaire <sup>880</sup>. En l'absence de tout traité d'entraide et, tout simplement, de toute requête officielle des autorités de l'ex-Zaïre, elles se bornèrent à convoquer, au ministère de la Justice, une « task force » composée de représentants du parquet de Bruxelles et de la sûreté de l'État chargés d'examiner les possibilités de blocage que pouvait offrir la législation relative à la prévention et à la répression du blanchiment d'argent. La Commission bancaire et financière fut également contactée <sup>881</sup> — toutes ces autorités ayant semble-t-

---

<sup>879</sup> Je dois un remerciement particulier à toutes les personnes qui ont bien voulu me donner accès aux pièces principales du « dossier Mobutu », alors même que la presse belge n'y a fait que des échos partiels. Je tâcherai de respecter la confidentialité qu'elles m'ont demandée.

<sup>880</sup> Voy. la réponse du ministre de la Justice à l'interpellation orale des députés Versnick et Viseur, *Ann. parl.*, Ch., sess. 1996-1997, séance du 22 mai 1997, pp. 5814-5815, et l'écho qui s'en est trouvé dans la presse (*De Morgen* et *Le Soir*, 23 mai 1997).

<sup>881</sup> *Id.*

il veillé à l'établissement d'un « inventaire » des avoirs que l'ancien président possédait en Belgique <sup>882</sup>.

Aucune autre démarche ne fut entreprise.

## § 2. — La phase « judiciaire »

La transmission, le 9 juillet 1997, aux autorités judiciaires de Bruxelles d'une demande d'entraide pénale établie par le parquet de Kinshasa et dirigée contre M. Mobutu et quatre-vingt-deux autres personnes, membres de sa famille, ministres ou associés — demande que le ministre congolais des Affaires étrangères, en visite « privée » à Bruxelles, avait, quatre jours plus tôt, remise au chef de cabinet de son homologue belge <sup>883</sup>, devait modifier la donne — et le faire en deux temps, les autorités congolaises ayant choisi d'« agir » successivement au pénal et au civil.

### A. — LE PROCÈS PÉNAL

Le hasard a voulu que la demande d'entraide congolaise coïncide, presque jour pour jour, avec la publication au *Moniteur belge*, le 3 juillet 1997, de la loi du 20 mai 1997 « sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations ». Cette loi cependant ne devait guère trouver à s'appliquer en l'espèce, son article 2 en subordonnant l'application à l'existence de « traités [ou] conventions conclus à cette fin sur la base de la réciprocité entre la Belgique et les États concernés » — ce qui écartait d'emblée toute possibilité d'entraide avec l'ancienne colonie.

---

<sup>882</sup> *Financieel Economische Tijd*, 10 juill. 1997. La *Libre Belgique* des 5 et 6 juillet attribua pour sa part à la volonté du ministère des Affaires étrangères de « ne pas apparaître dans l'opinion publique comme favorable à cette opération » le refus par celui-ci, pour des raisons « de détail », d'accorder la légalisation d'une procuration que M. Mobutu, alors en séjour à Rabat, avait signée pour la vente de l'une des propriétés qu'il possédait à Uccle.

<sup>883</sup> *La Libre Belgique*, *De Morgen*, *Le Soir*, et *De Standaard*, 10 juill. 1997.

Les autorités judiciaires belges n'étaient pas pour autant privées de tout moyen d'action. Il leur suffisait de revenir aux possibilités offertes par l'article 505 du Code pénal qui réprimait, depuis le 17 juillet 1990, le blanchiment d'argent. Principalement défini, en ses éléments matériels, comme la conversion ou le transfert de biens provenant d'une infraction — de *n'importe quelle* infraction — « dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite (...) », et la dissimulation ou le déguisement de « la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété » de tels biens <sup>884</sup>, le blanchiment contient en lui-même le principe d'une coopération internationale. Une infraction commise en pays étranger — qui n'y a même (encore) donné lieu à aucune condamnation — peut en effet suffire à entraîner en Belgique la réalisation d'un blanchiment <sup>885</sup>, permettant ainsi aux autorités judiciaires belges de se saisir, indirectement, de la criminalité étrangère, lorsque le produit en a été investi en Belgique.

Précisément, dans la nuit du 8 au 9 juillet 1997, les autorités belges ouvrirent contre M. Mobutu et les quatre-vingt-deux autres personnes dont les autorités congolaises leur avaient transmis la liste une instruction préparatoire, dans le cadre de laquelle elles ordonnèrent la saisie conservatoire d'un ensemble de comptes bancaires et autres

---

<sup>884</sup> Art. 505, al. 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> C. pén. Ces deux points, insérés dans le texte de l'article 505, al. 1<sup>er</sup>, par la loi du 7 avril 1995, sont littéralement recopiés des termes de la directive du Conseil des Communautés européennes du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux, et, par leur intermédiaire, de celui des deux principaux instruments internationaux de lutte contre le blanchiment, soit les Conventions des Nations unies du 19 décembre 1988 et du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990. Ils ajoutent deux nouvelles « formes » de blanchiment à une première, insérée déjà sous le point 2<sup>o</sup> par la loi du 17 juillet 1990, qui faisait du blanchiment une catégorie particulière, élargie, de l'infraction de recel (not. R. VERSTRAETEN et D. DEWANDELEER, « Witwassen na de wet van 7 april 1995 : kan het nog witter ? », *R.W.*, 1995-1996, pp. 689 et s.).

<sup>885</sup> La plupart des décisions rendues à ce jour ont trait aux tentatives d'exploitants de *coffee-shops* hollandais de changer en Belgique en florins, parfois par l'intermédiaire de courriers, les devises retirées de trafics de stupéfiants pratiqués dans leurs établissements (Cass., 31 oct. 1995, inédit, cité par R. VERSTRAETEN et D. DEWANDELEER, « Witwassen... », *op. cit.* in *R.W.*, 1995-1996, p. 694 — dont les discussions se sont essentiellement portées sur le caractère instantané prêté à l'infraction de blanchiment définie à l'article 505, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> —, et, parmi la jurisprudence des juges du fond, Corr. Anvers, 23 févr. 1993, *T.R.V.*, 1994, p. 195, note W. et A. DEVROE-ROMBOUTS; Corr. Anvers, 14 avr. 1994, *T.R.V.*, 1994, p. 285, note HELLEMANS, égal. publ. au *R.W.*, 1994-1995, p. 508, note STESSENS, et Corr. Gand, 10 janv. 1996, *D.*, *V. et J.*, conf. par Gand, 30 avril 1996, inédits).

avoirs, entraînant pratiquement, à la requête du juge d'instruction, le résultat qu'escomptait la justice congolaise <sup>886</sup>.

Parmi les avoirs saisis — on le relèvera, pour l'anecdote — se trouvait une somme de nonante-neuf millions de francs belges, représentant le prix de vente de l'une des propriétés que M. Mobutu possédait à Uccle, que l'ex-président avait vendue peu de temps après son départ du pouvoir à un homme d'affaires bien en vue sur la place bruxelloise <sup>887</sup>. Le prix en fut saisi par la police judiciaire entre les mains des enfants de M. Mobutu, porteurs d'une procuration donnée par leur père à Rabat, au moment même où ils sortaient des bureaux de la Conservation des hypothèques où l'acte authentique de vente venait d'être passé. Le lendemain, M. Mobutu introduisait contre l'acheteur, qui avait annoncé son intention de faire un lotissement, une action en rescision pour cause de lésion, au motif que le prix payé n'atteignait pas les sept douzièmes de la valeur vénale de l'immeuble <sup>888</sup>...

Aucune exception ne paraissant exister, à l'égard du blanchiment d'infractions commises en pays étranger, à la règle de l'article 505, al. 3, du Code pénal selon laquelle les avoirs confisqués profitent au Trésor public belge, les autorités congolaises se constituèrent partie civile entre les mains du juge d'instruction, afin de bénéficier, au fond, des dispositions de l'article 43bis, al. 3, du même Code, aux termes duquel « [l]orsque les choses confisquées appartiennent à la partie civile, elles lui seront restituées » <sup>889</sup> — disposition qui donne à la confiscation des produits du blanchiment d'argent une double fonction, réparatrice et punitive <sup>890</sup>.

---

<sup>886</sup> Voy., outre les journaux cités à la note 883 ci-dessus, *De Standaard*, 11, et *La Libre Belgique*, 11, 12 et 13, et 22 juill. 1997.

<sup>887</sup> *La Libre Belgique*, 3 juill. 1997.

<sup>888</sup> *Ibid.* et *Le Soir*, 12-13 juill.; *La Libre Belgique*, 17 juill.; *Le Soir*, 10 déc. 1997.

<sup>889</sup> La disposition se poursuit : « [l]es choses confisquées lui seront de même attribuées lorsque le juge en aura prononcé la confiscation pour le motif qu'elles constituent des biens ou des valeurs substitués par le condamné à des choses appartenant à la partie civile ou parce qu'elles constituent l'équivalent de telles choses au sens de l'alinéa 2 du présent article ». L'alinéa 4 dispose : « [t]out autre tiers prétendant droit sur la chose confisquée pourra faire valoir ce droit dans un délai et selon des modalités déterminées par le Roi ».

<sup>890</sup> La victime dispose, dans l'attribution de biens ou valeurs équivalents, d'un mode d'indemnisation original et privilégié qui la soustrait au concours des autres créanciers de l'auteur de l'infraction (E. DIRIX, « De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde », in *Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, pp. 196-198; A. VANDEPLAS, « De verbeurdverklaring van zaken die aan derden toebehoren », note sous Anvers, 10 mars 1994, *R.W.*, 1994-

La République du Congo devait cependant déchanter. Les résultats d'une commission rogatoire « exceptionnelle » dépêchée à Kinshasa par les autorités judiciaires belges, au mois de décembre 1997<sup>891</sup>, paraissent, en terme de récolte des documents de preuve, avoir été suffisamment décevants pour entraîner la mise hors cause d'une bonne part des suspects dont la liste avait, en juillet, été communiquée au parquet. Sur l'avis favorable de celui-ci — et sans possibilité de recours pour la partie civile ! —, le juge d'instruction de Bruxelles ordonna même, le 15 mai 1998, la levée des saisies pénales, notamment du prix de vente de la propriété d'Uccle, pour le motif que l'acquisition de celle-ci par M. Mobutu, qui remontait à 1973, était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi réprimant le blanchiment d'argent, et qu'elle ne pouvait donc être concernée par l'instruction pénale en cours. Le prix ainsi libéré ne fut toutefois pas remis aux héritiers de M. Mobutu — singulièrement, à ses enfants Manda et Nzanga, que le président du tribunal de première instance de Rabat avait après le décès de leur père, survenu le 7 septembre 1997, désignés en qualité de liquidateurs de sa succession<sup>892</sup>. Il fut versé sur un compte ouvert au nom de la succession auprès d'une banque de Bruxelles. Ce prix, ainsi consigné en banque, fut bientôt saisi par l'homme d'affaires bruxellois qui s'était porté acquéreur de la propriété, pour le garantir du résultat de l'action en rescision qui avait été introduite contre lui, puis par le ministère belge des Finances, pour obtenir — apparemment — le paiement d'impôts que M. Mobutu avait laissés impayés.

Quant à la République démocratique du Congo, étant simple partie civile, elle avait été avisée de l'ordonnance du juge d'instruction levant les saisies conservatoires qu'il

---

1995, p. 160; N. HUSTIN-DENIES, « La législation belge sur le blanchiment de capitaux d'origine criminelle : un instrument d'indemnisation des victimes et de lutte contre la criminalité organisée ? », *Ann. dr.*, 1995, pp. 87 à 91). Encore faut-il qu'elle soit en présence de l'auteur de l'infraction principale, et non d'un tiers coupable seulement des actes de blanchiment. La confiscation aurait alors, non au titre d'« avantages patrimoniaux tirés de l'infraction », mais au titre de « choses formant l'objet de l'infraction » (art. 42, 1<sup>o</sup>, C. pén.), non susceptibles de restitution à la partie civile (*id.* et STESSENS, n. 203, p. 84). Cette dernière restriction ne semblait cependant pas poser de difficulté, dans le cadre du blanchiment reproché à M. Mobutu et à ses complices.

<sup>891</sup> *La Libre Belgique*, 3 déc. 1997.

<sup>892</sup> *Le Monde*, 9 sept. 1997. L'ordonnance du président du tribunal de première instance de Rabat, datée du 17 novembre 1997, est bien évidemment demeurée inédite.

avait fait pratiquer — sans pouvoir former contre elle aucun recours. Aussi bien devait-elle, comme l'on dit, « changer son fusil d'épaule ».

## B. — LE PROCÈS CIVIL

L'impasse dans laquelle commençait de s'acheminer l'instruction pénale conduisit, le 25 mai 1998, les autorités congolaises à porter devant le juge des saisies de Bruxelles une requête tendant à l'autoriser à saisir conservatoirement, à hauteur de huit milliards de dollars, les avoirs que MM. Manda et Nzanga Mobutu pouvaient, en leur qualité de liquidateurs de la succession de feu leur père, posséder auprès de dix-huit établissements bancaires belges et d'un notaire bruxellois que ces liquidateurs avait, semble-t-il, chargé de recevoir l'acte de vente d'une autre des propriétés que M. Mobutu possédait à Uccle.

Loin de faire référence à un quelconque droit applicable — et singulièrement, de s'appuyer sur des dispositions de droit zaïrois dont serait ressortie l'obligation pour l'ex-président Mobutu d'observer quelque règle de gestion dans l'exercice du pouvoir —, la requête était fondée sur le principe général de l'enrichissement sans cause. Elle alléguait que « durant son règne (...), le feu Mobutu (...) s'[était], de manière continue et ininterrompue, enrichi frauduleusement et sans cause aux dépens de la requérante »; que « tous ces prélèvements, effectués (...) à son profit et à celui de ses complices, [étaient] logés dans des comptes ouverts à son nom ou à ceux de ses complices auprès de diverses banques étrangères, notamment belges »; et qu'il y avait lieu de prémunir la requérante « des effets patrimoniaux néfastes que les manœuvres coupables, persistantes et illégitimes [de Manda et Nzanga Mobutu] tent[aient] de lui faire subir, en échappant à la restitution de toutes les sommes détournées et indûment acquises ».

Ce dernier argument — d'organisation, par les liquidateurs de la succession de M. Mobutu, de leur insolvabilité — paraît avoir emporté la conviction du juge qui, après avoir constaté « que la créance de la République démocratique du Congo ne fai[sait] —

de prime abord — pas de doute », et « que le cas requ[érait] célérité compte tenu du climat d'illégalité qui [avait] permis le pillage du patrimoine de la requérante », ordonna la saisie sollicitée par les autorités congolaises <sup>893</sup>. Le montant pour lequel la saisie était ordonnée fut toutefois ramené, « en l'état actuel du dossier », et parce que « le montant visé dans la requête ne ressort[ait] pas clairement des pièces annexées » à la requête, à un milliard de dollars américains, plus deux cent cinquante mille francs belges pour les frais <sup>894</sup>.

Il était précisé que l'ordonnance serait frappée de caducité si la République démocratique du Congo n'introduisait pas dans les trois mois — délai, précisa le juge, qui était « de rigueur » —, « devant le juge du fond une action tendant à obtenir le paiement du montant pour lequel la saisie [était] autorisée » <sup>895</sup>.

MM. Manda et Nzanga Mobutu firent immédiatement opposition, arguant du caractère non certain, liquide, ni exigible, d'une créance fondée sur des « documents à caractère politique », fabriqués « de manière unilatérale par des opposants politiques de feu le président ». Pareils documents, soulignèrent-ils, sont « sans la moindre valeur juridique », car « dans le même cas de figure, (...) à chaque élection ou changement de régime, les successeurs, au gouvernement ou au régime, [pourraient] s'arroge[r] le droit de pratiquer des saisies sur base de documents établis par eux ». « Ceci, concluait la requête en opposition, [serait] totalement inacceptable dans un [É]tat de droit ».

Subsidiairement, les liquidateurs de la succession de M. Mobutu alléguèrent l'absence de « l'extrême urgence » requise par l'article 1413 du Code judiciaire, dès l'instant que depuis la saisie conservatoire pénale, ordonnée au mois de juillet 1997, « la République démocratique du Congo n'a[vait] fourni la moindre preuve à la justice belge, qui s'était cependant rendue au Congo sous commission rogatoire, ni entrepris la moindre diligence aux fins de saisir des biens dépendants de la succession de feu le président Mobutu ou de toutes personnes nommées dans le rapport de la (...) »

---

<sup>893</sup> Civ. Bruxelles (sais.), 25 juin 1998, *République démocratique du Congo c. Mobutu Manda et Nzanga*, Reg. req. n° 98/5400/B, inédit, p. 1.

<sup>894</sup> *Id.*

<sup>895</sup> *Id.*, p. 3.



Commission des biens mal acquis », et qu'« aucune procédure au fond n'a[vait] été introduite tant en Belgique qu'au Congo ».

Il ne semble pas, à ce jour, que cette procédure ait connu quelque lendemain — un manque de volonté politique et la désorganisation d'une guerre civile ayant apparemment conduit les autorités congolaises à négliger par trop l'impérieuse nécessité de respecter les délais qui leur étaient fixés.

## CONCLUSIONS

La pratique est riche d'enseignements... Je ne sais par lequel commencer ! La meilleure manière est, il me semble, de procéder par élimination. Je parlerai d'abord de ce que je ne souhaite pas étudier, et, tout à la fin seulement, de ce que j'étudierai. La méthode ménage le *suspense*. Elle n'est pas sans inconvénient. Le moindre n'est pas celui de la longueur : ces « conclusions » s'étendront sur plusieurs dizaines de pages, que je voudrais mettre à profit pour conduire le lecteur au cœur de l'étude — mais avec lenteur, en ne laissant rien au hasard de ce que, par la suite, je délaisserai — « sans m'astreindre », au surplus, « à une continuité rigoureuse » <sup>896</sup>.

Du moins me faut-il mettre un peu d'ordre dans cette méthode « exploratoire ». Trois constats se dégagent de la pratique : l'« inconsistance » du droit international public; la diversité des « voies de récupération »; la concentration des difficultés à la « surface » du droit.

### SECTION 1<sup>re</sup>. — « Inconsistance » du droit international public

L'on sera surpris d'abord de ne trouver dans la pratique internationale aucune référence au droit international public. Dans l'ouvrage qu'il a rédigé sur l'argent des

---

<sup>896</sup> C'est en ces termes que le *Petit Robert* définit, dans sa première édition, la méthode discursive.

dictateurs, M. Kofele-Kale a avancé la thèse de l'émergence, en droit international, d'une règle de « saine » ou de « bonne gestion », imposant aux « constitutionally-responsible rulers » un « fiduciary duty » dans la gestion des fonds qui leur sont confiés dans l'exercice de leurs fonctions — règle dont la violation serait constitutive d'un crime, celui de « patrimonicide »<sup>897</sup>, qu'il faudrait ranger dans la catégorie des « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Ce « crime » justifierait tout à la fois un principe de compétence universelle — chaque juge national pourrait s'en saisir — et une manière d'*actio popularis* — en un double sens, puisque tout individu, comme tout État, serait autorisé à s'en plaindre.

Le seul énoncé de cette thèse permet d'en apercevoir le caractère excessif. L'auteur semble du reste, au fil de sa démonstration, hésiter à la soutenir avec la vigueur qui l'animait initialement. Ayant vu dans l'« indigenous spoliation » tout à la fois la violation de normes positives du droit international conventionnel — la souveraineté permanente des peuples sur leurs ressources naturelles<sup>898</sup> — et coutumier — le principe des « fiduciary relations » présents dans les « mandats » de la Société des Nations et les « tutelles » de l'Organisation des Nations unies<sup>899</sup> —, l'auteur finit par avouer, devant la radicale absence de textes internationaux obligatoires, réprimant spécifiquement ce comportement, qu'il n'y a là qu'une « embryonic norm », dont l'unique utilité, comme « formal normative conception », serait de justifier les sanctions dirigées par les « despoiled » contre les « despoilers », mais nullement de les rendre obligatoires<sup>900</sup>.

L'on peut comprendre cette hésitation, qui va croissante au fil de la démonstration : les prétendues « fiduciary relations » qui dérivent des règles ou principes de droit international qui viennent d'être rappelés s'imposent aux États, et non à leurs dirigeants, dans leurs rapports — forcément internationaux — avec d'autres États, et non avec les peuples qui les composent. Aucun argument, sinon de simple raison, ne peut s'en dégager quant à la qualité des relations que doit entretenir un gouvernement

---

<sup>897</sup> p. 14.  
<sup>898</sup> pp. 71 et s.  
<sup>899</sup> pp. 111 et s.  
<sup>900</sup> p. 164.

avec le peuple qu'il dirige. C'est sur ce terrain d'ailleurs, du bon sens, que l'auteur place finalement sa réflexion. « It is fair », écrit-il par exemple à propos de la souveraineté permanente des « peuples » sur leurs ressources naturelles, « to read an intention to treat the doctrine of permanent sovereignty as applying primarily to the right of nationals freely to use, exploit and dispose of their national wealth and resources for their collective benefit »<sup>901</sup>, car à défaut, écrit-il, l'on permettrait à une « indigenous class of exploiters » de faire ce qui est interdit aux « foreigners » — ce qui serait « absurd »<sup>902</sup>. Cela le serait, sans doute, sur le plan du bon sens, mais nullement sur celui du droit — car, je le répète, l'on peut comprendre que le « législateur » international ait fait une règle pour les relations que les États entretiennent entre eux, non pour celles que les gouvernants ont avec leurs gouvernés. C'est plutôt l'inverse qui serait étonnant, et, en toute hypothèse, cela paraît certain, dans le cas de la souveraineté des peuples sur leurs ressources naturelles.

La prohibition des détournements de deniers publics, au titre de « crime » de droit international, de règle initialement affirmée *de lege lata*, ne s'impose bientôt plus que dans un futur éloigné, que l'auteur est incapable de situer; *de lege ferenda*<sup>903</sup>. Qu'à cela ne tienne, souligne-t-il par une manière de pirouette, la « règle embryonnaire » qui érigerait en « crime » le détournement de deniers publics ne trouverait pas son fondement dans le droit international lui-même; elle ne serait que le « produit » de « la pratique des États au niveau international ». Ses fondements seraient dans le droit constitutionnel et public des États, dont le rapprochement donnerait naissance à un « principe » de droit international, comme « principe général de droit » issu de la « pratique des Nations civilisées ».

Mais de ce « changement de registre » même résulte un biaisement, et donc un déforçement supplémentaire, de la démonstration, la relation du droit international au droit constitutionnel et public interne des États, présentée d'abord comme une relation

---

<sup>901</sup> p. 106.

<sup>902</sup> p. 107.

<sup>903</sup> p. 179.

hiérarchique, se révélant bientôt résider seulement dans le processus dynamique de comparaison et de rapprochement qui concourt à la formation d'une règle de droit coutumier. Or l'on ne peut à la fois prétendre que le droit international ferait obligation aux États de s'organiser suivant un certain mode, et déduire cette règle du rapprochement des modes d'organisation que la plupart des États se sont donnés. En toute hypothèse, si tel est le raisonnement, il n'explique pas pourquoi la violation de ce mode d'organisation serait un « crime » de droit international, avec les conséquences que l'auteur y attache en termes de juridiction universelle et de qualité à agir des États et des particuliers. Que la matière intéresse les « droits de l'homme », et ne réside pas dans une simple « property dispute » — ce qui, en fin de démonstration, semble opérer un retour aux règles axiomatiques du droit international lui-même — n'est à cet égard pas suffisant.

La faiblesse de la démonstration est sans doute que d'une considération « programmatique », d'opportunité politique, faite sur un plan sociologique pour l'ensemble de la communauté internationale, l'auteur entend déduire des conséquences juridiques obligatoires, non seulement dans l'ordre juridique international, mais dans les ordres juridiques internes des États — conséquences qui, elles-mêmes, ne semblent connaître aucune limite. Ce passage du dessein politique à la réalité du droit, puis de la déformation du droit jusqu'à la caricature pour des motifs d'opportunité politique, est assez manifeste dans la conclusion que l'auteur donne à la première partie de l'ouvrage, consacrée à la définition des éléments du « crime » international dont il croit pouvoir déceler l'existence : (1) « fundamental community interests are undermined by acts of fraudulent enrichment by high ranking State officials »; (2) « the international community must work to bring this conduct under some kind of international discipline », et (3) « States are under some legal obligation to judge and punish authors of this crime, on the basis of their internal law, waiving in the process the ordinary rules of jurisdiction, extradition, and so forth »<sup>904</sup>. Il n'est pas utile d'insister sur le fait qu'il n'y a, entre ces propositions, aucun lien logique — et que, même si le droit interne des États se trouvait influencé par l'opportunité internationale au point que soutient l'auteur, il n'y aurait aucun caractère nécessaire à

---

<sup>904</sup> p. 215.

la dérogation aux « ordinary rules of jurisdiction, extradition, and so forth » que l'auteur y attache. Un gouffre sépare d'ailleurs l'affirmation, à titre de postulat, d'un « crime » de droit international, des propositions que l'auteur fait pour assurer l'« enforcement » des dispositions supposées le sanctionner. Rencontrant ainsi la proposition faite au lendemain de l'affaire Marcos par M. Reisman, de provoquer la conclusion d'un traité international qui aurait pour objet, à l'instar de ceux qui existent dans la matière de la restitution des biens culturels illicitement exportés, de faciliter la récupération des sommes détournées par d'anciens chefs d'État, M. Kofele-Kale souligne qu'il serait plus simple d'inclure l'« indigenous spoliation » parmi les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dont la Commission de droit international élabore un projet de Code. C'est mettre expressément en cause qu'il existe bien à ce jour une règle érigeant l'« indigenous spoliation » en « crime ».

Mais surtout, c'est déplacer sur le terrain du droit international une question dont M. Reisman avait correctement aperçu qu'elle réside dans les rapports que les ordres juridiques nationaux entretiennent entre eux. L'inventaire qui vient d'être fait de la pratique internationale en offre la démonstration, à aucun moment les juges ou les autorités saisies ne s'étant référés à de prétendues règles du droit international. Il est possible qu'un principe de « gouvernement honnête » émerge actuellement, au niveau international, des règles de conditionnalité relatives à la « bonne gouvernance » (*good governance*) dont les bailleurs de fonds institutionnels font dépendre leur intervention <sup>905</sup>, et de la multiplication des textes conventionnels ayant pour objet la lutte contre la corruption et le détournement de deniers publics <sup>906</sup>. Mais il faut se

<sup>905</sup> Voy. les directives du F.M.I. sur la gouvernance, rendues publiques le 4 août 1997, *F.M.I. Bull.*, 1997, pp. 233 et s. Ces institutions ont récemment gelé un prêt de deux cent quinze millions de dollars à la République du Kenya pour le motif « que la destination finale de ces fonds ne pouvait être assurée » (*Le Monde*, 10 et 11 août, et *Journal de Genève*, 5 août et 25 sept. 1997).

<sup>906</sup> L'on citera, depuis la parution de l'ouvrage de N. KOFELE-KALE, la Convention interaméricaine contre la corruption, signée à Caracas le 29 mars 1996 (texte dans C. VAN DEN WYNGAERT et G. STESENS (éd.), *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments*, La Haye, Kluwer, 1996, p. 159) et la Convention internationale sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales signée à Paris, le 17 décembre 1997, qui s'inspirent toutes deux, dans leurs dispositions « transnationales », du modèle qu'offre, depuis 1977, le *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis, ainsi que plusieurs recommandations de l'Assemblée générale des Nations unies (Code international de conduite des agents de la fonction publique, A/RES/51/59 du 12 déc. 1996, adopté sans vote; Déclaration des Nations unies sur le crime et la sécurité publique, A/RES/51/60 du 12 déc. 1996, adoptée sans vote; Déclaration des Nations unies sur la corruption et les actes de corruption dans les transactions commerciales internationales, A/RES/51/191 du 16 déc. 1996, adoptée sans vote).

garder d'aller trop vite en besogne. Il est bien connu par exemple qu'en dépit des recommandations formulées depuis 1994 par l'O.C.D.E., la plupart des États occidentaux continuent à ce jour d'admettre la déduction fiscale des commissions versées — notamment à l'étranger — en vue d'obtenir un marché public, sans établir même de discrimination entre les paiements conformes ou contraires à la loi locale <sup>907</sup>. Surtout, il convient de mesurer l'exacte portée de pareils instruments. Loin de créer des droits ou des obligations en droit international, ils se fondent plutôt sur les ordres juridiques internes des États. Sur le plan de la récupération à l'étranger des sommes détournés par d'anciens chefs d'État, ils n'ont pas pour objet d'organiser un mécanisme de récupération obligatoire, mais d'« informer » les mécanismes de récupération interétatique, pour que les juges nationaux aient, dans l'accueil qu'ils leur réservent, conscience qu'ils participent des « nécessités de la coopération internationale ». Mais ce classement de la lutte contre la corruption et le détournement de deniers publics au rang des « exigences de la solidarité internationale » ne serait lui-même pas suffisant *en soi* pour rendre l'accueil de tentatives de récupération obligatoire, et faire en conséquence céder les obstacles qui peuvent traditionnellement s'y opposer, comme semble le penser M. Kofele-Kale : parvenir à pareille conclusion impliquerait de bien analyser d'abord les mécanismes existants du droit international privé. Tel est l'objet de la présente étude.

## SECTION 2. — Diversité des « voies de récupération »

L'expression « droit international privé » qui vient d'être employée est utilisée dans un sens large. Le cadre des relations que les ordres juridiques étatiques entretiennent

---

<sup>907</sup> Voy., à titre d'exemple, l'article 58 du *Code belge des Impôts sur le Revenu 1992*, aux termes duquel « [d]ans le cas où l'octroi de commissions secrètes par les entreprises est reconnu de pratique courante, le ministre des Finances peut, à la demande du contribuable, autoriser que soient considérées comme frais professionnels, les sommes ainsi allouées, à condition que ces commissions n'excèdent pas les limites normales et que l'entreprise effectue le paiement des impôts y afférents, calculés aux taux fixés forfaitairement par le ministre et qui ne peuvent être inférieurs à 20 p.c. ». Le *commentaire* de cette disposition précise notamment que le « régime de faveur » qu'elle institue trouve à s'appliquer « dès l'instant où il peut être admis que, sans l'octroi de commissions secrètes, un contribuable pourrait se trouver en situation d'infériorité vis-à-vis de concurrents *étrangers* » (*Com. IR*, p. 58/3).

entre eux peut être abordé sous le triple angle administratif, pénal et civil. Cette variété des « voies » de récupération qui s'offrent à l'État « spolié » ne surprendra guère, dès l'instant qu'il a abandonné la technique assez rustre, et relativement primaire, de la confiscation pour s'engager dans les méandres infinis de la voie des procès. Un mot de commentaire sur chacune s'impose, non pour en comparer les mérites et les inconvénients respectifs — ce qui, au regard de la relative pauvreté de la pratique internationale, ne semble pas totalement possible —, mais pour justifier la méthode choisie, qui, laissant de côté les difficultés traditionnelles en lesquelles l'on concentre généralement le droit international privé — celles de la distinction entre « règles » et « décisions » et de la séparation entre la « compétence judiciaire » et la « loi applicable » —, s'abstiendra aussi, nécessairement, d'y apporter réponse.

### § 1<sup>er</sup>. — La « voie administrative »

Il paraît presque inutile de s'arrêter sur l'adoption, pour forcer la restitution des avoirs dont un ancien dirigeant se serait illicitement enrichi, de mesures d'autorité telles que la mise sous séquestre ou la confiscation. La voie « administrative » est de ce point de vue sur un complet déclin, les États mêmes qui, dans les limites de leur territoire, ont pris de telles mesures contre leur ancien dirigeant s'étant abstenus d'en poursuivre l'exécution à l'étranger. C'est qu'elles sont trop « grossières ». Elles ont, je l'ai déjà dit, quelque chose de la justice sommaire. Elles ne sont pas assez « fines » pour manifester la distinction, jugée si déterminante dans l'affaire Marcos<sup>908</sup>, entre « effecting an extra-territorial confiscation of an ex-Head of State's private property » et « merely seeking the recovery of its own »<sup>909</sup> — privant tout à la fois d'originalité et de légitimité les revendications d'un État « victime » de spoliations au regard de celles d'un État qui, au lendemain d'un brutal changement de pouvoir, cherche à « imposer des peines au parti qui a succombé »<sup>910 – 911</sup>.

<sup>908</sup> 806 F.2d, p. 360.

<sup>909</sup> WATTS, p. 91; VERHOEVEN, « Sur la récupération... », p. 361.

<sup>910</sup> M. B. A. WORTLEY, « Problèmes... », *op. cit.* in *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 67, 1939, I, p. 401.

<sup>911</sup> Il faut relever toutefois un arrêt remarquable de la première Chambre civile qui, trois ans avant



Bien plutôt l'État qui se prétend « victime » de spoliations sollicite-t-il, lorsqu'il soupçonne la présence d'avoirs détournés à l'étranger, l'assistance administrative des autres États — et il le fait le plus souvent dans le secret des Chancelleries ou du moins par la voie de canaux plus ou moins officiels et confidentiels, parfois imprévus <sup>912</sup>.

De la part des États étrangers, sur le territoire desquels l'ancien dirigeant a trouvé refuge ou détourné tout ou partie des biens illicitement acquis, une réponse favorable

---

l'arrêt *Duvalier*, a fait grief à la Cour de Paris d'avoir admis l'ex-empereur de Centrafrique Jean-Bedel Bokassa à revendiquer, à l'occasion d'une escale technique en France, la propriété d'un aéronef que la République de Centrafrique avait, au lendemain de son départ du pouvoir, immatriculé à son nom sous le couvert d'un décret de confiscation (11 oct. 1988, *République centrafricaine c. Jean-Bedel Bokassa et autres*, *Rev. crit.*, 1991, p. 86, note RÉMOND-GOUILLOU). Crainte révérentielle à l'endroit d'un ex-dignitaire paré de titres ou sortilège de l'Afrique (cf. cet auteur, resp. pp. 88 et 92) ? Jugeant que l'inscription au registre d'immatriculation dont se prévalait le gouvernement centrafricain n'avait, en dépit des dispositions du code de l'aviation civile, pas « force probante absolue à l'égard du porteur d'un titre comme M. Jean-Bedel Bokassa, qui produit un certificat établi le 31 mars 1979 à son nom, accompagné d'une qualité qui fut la sienne, dès lors qu'il se dit encore propriétaire de l'aéronef et soutient que la mutation critiquée a été opérée dans des conditions irrégulières », la Cour d'appel avait donné raison au demandeur. La Cour de cassation lui en fit grief, qui décida qu'« en se déterminant ainsi (...), alors que la propriété d'un aéronef est régie par la loi de l'État où il est immatriculé », elle n'avait pas justifié légalement sa décision. Tout en cette affaire est dans le non-dit. La Cour d'appel avait jugé, à mots à peine couverts, que la confiscation dont avait été victime M. Bokassa — confiscation administrative, qu'un jugement du 19 décembre 1980 avait par la suite couverte de son autorité, ne pouvait produire d'effets en France — soit, relève l'annotatrice, qu'étant intervenue alors que l'avion, entre-temps retourné en Centrafrique et revenu en France, se trouvait en France, elle n'était pas intervenue dans le pays de sa situation effective, soit qu'étant intervenue régulièrement au regard de l'exigence territoriale, elle était, non accompagnée d'une indemnisation et prononcée administrativement, plutôt que judiciairement, contraire à l'ordre public français. Sur ce plan même leur décision encourageait la cassation, dès lors que l'origine des fonds qui avaient permis à l'ex-empereur d'acquérir l'avion litigieux était pour le moins « douteuse », et que le gouvernement centrafricain s'était somme toute borné à régulariser aux yeux des tiers une propriété qui n'avait été acquise qu'au prix d'un détournement (M. RÉMOND-GOUILLOU, obs. citées, p. 92).

<sup>912</sup> Agissant en décembre 1989 à la demande du nouveau gouvernement de ce pays, la Banque nationale de Roumanie avait ainsi, dans une lettre adressée aux banques centrales du monde entier, « kindly ask[ed] all the banks of the world to call upon all banks, financial institutions, savings banks and other existing institutions functioning on the territory of their respective country (...) that, if in their books there are nominal, coded, password or any kinds of accounts, amounts, amounts or safety deposits either on the name of the former dictator Nicolae Ceaucescu, members of his family or any other persons about whom there is information according to which they are connected with Ceaucescu's family, or different kinds of companies created by them, to be blocked and not to allow any operations modifying the content of the respective accounts (...) ». Cette demande, parvenue à la Banque Nationale de Belgique, fut en ce pays transmise à la Commission Bancaire et Financière qui, « en accord avec le gouvernement belge », la communiqua à tous les établissements soumis à son contrôle, en précisant qu'aux termes de la « déclaration de Bâle » relative à la prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle, les « principes déontologiques » commandaient « que les personnes en relation d'affaires avec l'établissement de crédit soient identifiées et que les opérations qui apparaissent illégales dans le chef du client soient refusées ». Le même mois, les établissements soumis au contrôle de la Commission Bancaire et Financière avaient reçu une lettre du même type, relative à la demande du nouveau gouvernement de la République du Panama tendant au gel des avoirs de nombreuses sociétés ou personnes liées à l'ancien homme fort de ce pays, Manuel Noriega. Ces deux incidents sont évoqués par C.-G. WINANDY, « Il était une fois... L'embargo contre l'Irak et le Koweït, ou le conte du non-droit », in *L'embargo*, Actes de la journée d'études du 1<sup>er</sup> décembre 1995, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 236-237.

donnée à pareille demande <sup>913</sup> revêt une signification principalement politique. Elle est sans doute un signe des temps, révélateur d'une solidarité accrue entre les membres de la société internationale, qui ne rechignent pas à se prêter main-forte — même si celle-ci, donnée dans l'espoir de quelque « traitement réciproque », n'est on peut le penser jamais parfaitement gratuite. Bien malin qui pourrait dire ce qui conduit certains gouvernements à prêter cette assistance et d'autres à la refuser — tout au moins lorsque le rapport de forces n'est pas aussi évident que celui créé, au lendemain du départ de l'ex-shah, par l'occupation de l'ambassade américaine à Téhéran et la détention de son personnel, et, en retour, par le gel américain des avoirs iraniens, qui conduisirent les États-Unis et l'Iran à conclure les Accords d'Alger. Il y a là plus de politique que de droit — le choix d'intervenir ou non, de faciliter la tâche de certains États ou de rendre plus complexe celle d'autres, répondant à des considérations d'opportunité que masquent assez mal d'éventuelles guenilles juridiques.

Du point de vue du droit, le seul élément remarquable de ces mesures d'assistance paraît résider dans leur caractère essentiellement provisoire. Seules ont été prises, à l'exclusion de tout prélèvement ou confiscation, des mesures de blocage ou de gel d'avoirs et de communications de renseignements — mesures, souligne G. Burdeau, essentiellement « conservatoires » <sup>914</sup>, qui, dans l'attente de procédures judiciaires ouvertement attendues, voire requises, n'entendaient pas préjuger du fond — de la propriété des avoirs qui en faisaient l'objet. Le motif s'en trouve sans doute dans les exigences d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme, comme le premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, ou dans celles de constitutions ou de chartes internes de droits fondamentaux, qui mettent le droit de propriété à l'abri d'atteintes non accompagnées d'indemnités. Moins encore que les États « spoliés », les États « de refuge », qui ne peuvent en principe alléguer, à

---

<sup>913</sup> *Le Monde* du 25 juin 1997 rapporte qu'après l'arrestation de M. Noriega, en décembre 1989, par les autorités fédérales américaines, trente-et-un millions de dollars lui appartenant ont été « gelés » dans vingt-sept comptes bancaires d'Europe — sans que l'on sache si ces blocages avaient à voir avec la demande d'assistance des nouvelles autorités panaméennes ou avec l'instruction pénale ouverte à pareille époque aux États-Unis, pour trafic de drogue et blanchiment d'argent, à charge de M. Noriega.

<sup>914</sup> « Le gel d'avoirs étrangers », *Clunet*, 1997, p. 28.

titre de justification, le rétablissement d'une légalité rompue dans les limites de leur ordre juridique interne, ne souhaitent commettre d'infractions à ces textes <sup>915</sup>.

Seul le Conseil de sécurité des Nations unies aurait, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère le chapitre VII, pu intervenir de façon plus complète, sans encourir semble-t-il, en raison de l'article 103 de la Charte, le grief de porter atteinte à d'autres dispositions du droit international. Il s'est abstenu de le faire, fût-ce à titre simplement provisoire, en dépit de l'évocation — était-ce un prétexte pour « calmer » l'ardeur d'opinions publiques trop promptes à s'enflammer ? — de son rôle par des gouvernements occidentaux pressés d'intervenir activement <sup>916</sup>. C'est une marque supplémentaire que l'« indigenous spoliation » n'est à ce jour pas au premier rang des préoccupations de la communauté internationale. Elle n'est pas un « crime de droit international » — ou du moins, elle ne justifie pas, ni pendant, ni même après le cours de l'exercice du pouvoir, l'intervention du Conseil de sécurité des Nations unies au titre du « maintien de la paix et de la sécurité internationale » — celui-ci préférant sur ce point, comme, semble-t-il, c'était l'intention des auteurs de la Charte, abandonner à l'Assemblée générale le rôle de planifier dans le long terme la paix et la sécurité internationales — d'arrêter notamment des critères de « bon gouvernement ». L'on a vu l'usage parcimonieux qu'elle a fait à ce jour de pareille « compétence » <sup>917</sup>.

Le caractère provisoire n'est pas la seule limitation de la « voie administrative ». Les États qui faisaient le choix de l'assistance se sont toujours abstenus de donner aux mesures qu'ils prenaient la moindre portée « extraterritoriale » — les biens visés devant toujours se trouver « sur le territoire » national. Ils ont, mieux encore, tu par

---

<sup>915</sup> G. BURDEAU rapporte ainsi qu'en 1964, le Congrès américain avait ajouté aux *Cuban Assets Control Regulations* une section 511 (b) opérant le transfert des avoirs gelés au gouvernement des États-Unis, afin de financer les dépenses de la *Foreign Claims Settlement Commission* et d'en distribuer le montant aux citoyens américains. Cette disposition fut abrogée l'année suivante, sur l'insistance du secrétariat d'État, qui soutenait qu'un tel comportement « could set an unfortunate example for countries less dedicated than the U.S. to the preservation of property rights » (« Le gel... », *op. cit.* in *Clunet*, 1997, p. 41, note 93).

<sup>916</sup> Ainsi « faisait-on savoir à Paris », le jour même de la mise sous séquestre en Suisse de la villa de Savigny, qu'« [u]ne mise sous séquestre massive [des biens de M. Mobutu] pourrait éventuellement intervenir à la suite d'une concertation internationale. Tel avait été le cas en août 1990, après l'invasion du Koweït par l'Irak (...). Le flou de la situation prévalant à Kinshasa et la légitimité encore incertaine des futurs dirigeants ne semblent pas, pour l'instant, favoriser une telle option » (*Le Monde*, 18 et 19 mai 1997).

<sup>917</sup> *Supra*, note 906.

avance toute difficulté en rendant ces mesures étroitement dépendantes des procédures judiciaires qui pouvaient être introduites sur leur territoire. Ainsi reportaient-ils la question de leur étendue territoriale sur celle des pouvoirs du juge <sup>918</sup>. Or, je vais y revenir, nul ne conteste les larges pouvoirs que la juridiction *in personam* donne aux juges des pays de *common law* que lorsque les mesures qu'ils prennent s'opposent aux commandements judiciaires émanant du for — une situation qui ne s'est jamais présentée dans le cadre de la récupération des sommes détournées par d'anciens chefs d'État.

L'on comprend qu'en ce contexte de relative pénurie, la seule difficulté proprement juridique qui se fût présentée fut celle de la base juridique — tous les États n'étant, pour ordonner un blocage d'avoirs ou une communication de renseignements, pas équipés de législations aussi détaillées que l'*International Emergency Economic Powers Act* américain, ou même aussi lapidaires que le commode article 102, chiffre 8, de la Constitution helvétique <sup>919</sup>. En Belgique et en France, singulièrement, les « gels d'avoirs » décidés par le gouvernement paraissent à ce jour avoir trouvé place dans le cadre relativement étroit des lois de contrôle des changes <sup>920</sup> — un cadre, souligne G. Burdeau <sup>921</sup>, utilisé au mépris de la qualification généralement donnée à ces mesures au regard de l'article VIII 2 des Statuts du Fonds monétaire international — du moins lorsqu'il s'agit d'en apprécier l'efficacité à l'étranger —, mais aussi de l'esprit et de la lettre de la loi <sup>922</sup>; un cadre, surtout, qui pourrait limiter considérablement les possibilités de sanction, en donnant à celles-ci un caractère nécessairement collectif, et non individuel <sup>923</sup> — <sup>924</sup>. Ces difficultés, quoiqu'il en soit, n'intéressent que l'ordre juridique interne de chaque État. Elle ne sont pas à proprement parler internationales.

---

<sup>918</sup> Les termes du point IV, § 12, de la Déclaration générale d'Alger semblent avoir à cet égard formé un précédent : « [u]pon the making by the Government of Algeria of the certification (...), the United States will freeze, and prohibit any transfer of, property and assets in the United States within the control of the estate of the former Shah or of any close relative of the former Shah served as a defendant in U.S. litigation brought by Iran (...) ». L'*Executive Order* No. 12.588 du 18 mars 1987, lui aussi soigneusement « territorial », ne s'exprime pas en termes différents à l'endroit des « assets of disputed title » revendiqués par la République d'Haïti des mains de l'ancien président Duvalier.

<sup>919</sup> Cf. R. ERGEC, « L'embargo et les droits nationaux », in *L'embargo*, *op. cit.*, pp. 123 et s.

<sup>920</sup> Voy. en Belgique l'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes, et en France la loi du 28 décembre 1966 sur les relations financières avec l'étranger.

<sup>921</sup> « Le gel... », *op. cit.* in *Clunet*, 1997, pp. 24 et s.

<sup>922</sup> *Ibid.*, pp. 34-35.

<sup>923</sup> La question ne s'est pas posée cependant, en ces pays, à propos de l'exécution des résolutions

Nécessairement provisoire, la voie « administrative » est, c'est l'essentiel, pour les besoins de la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État, condamnée à la « partialité », au sens étymologique — à ne jouer qu'un rôle d'appoint. Elle ne peut suffire à provoquer elle-même la restitution d'une propriété qui aurait été frauduleusement soustraite — étant simplement un adjuvant aux procédures judiciaires que les nouvelles autorités de l'État seront amenées à introduire. Je n'y reviendrai plus.

## § 2. — La « voie pénale »

### A. — LA PERSPECTIVE « PATRIMONIALE »

La « voie pénale » paraît plus prometteuse. La répression de la criminalité économique, singulièrement, au crépuscule de la décennie écoulée, du blanchiment — ou, si l'on préfère la terminologie en vigueur en Suisse, du « blanchissage »<sup>925</sup>, ou, un moment envisagée en Belgique, du « blanchissement »<sup>926</sup> — d'argent, a bouleversé la

---

841 et 917 du Conseil de sécurité à l'égard des « autorités *de facto* en Haïti », cette exécution ayant été prise en charge par le Conseil de la Communauté européenne, sur la base de l'article 228A du Traité de Rome (règl. n° 1263/94 et 1264/94 du Conseil du 30 mai 1994, et déc. du Conseil du 30 mai 1994 relative à la position commune définie sur la base de l'article J.2 du Traité sur l'Union européenne concernant la réduction des relations économiques avec Haïti, *J.O.C.E.*, 2 juin 1994, n° L 139, resp. pp. 1, 4 et 10).

<sup>924</sup> La situation pourrait se modifier en Belgique, depuis l'adoption de la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (*M.B.*, 29 juill.), dont l'article 1<sup>er</sup>, al. 2 range « la saisie de biens meubles et immeubles et le blocage d'avoirs financiers » au nombre des mesures que le roi *peut* prendre en exécution des décisions du Conseil de sécurité. L'article 2 précise cependant tout aussitôt que la loi n'entend pas porter atteinte aux pouvoirs dont dispose le roi en vertu d'autres lois, singulièrement l'arrêté-loi du 6 octobre 1944... Seule la pratique permettra d'y voir plus clair. L'occasion ne s'en est à ce jour pas présentée (chron. P. D'ARGENT, *J.T.*, 1996, pp. 357 et s.).

<sup>925</sup> Voy. not. le *Message* du Conseil fédéral du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse, F.F., 1989, II, pp. 961 à 1000, ainsi que le *Message* du Conseil fédéral du 17 septembre 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, F.F., 1996, III, pp. 1057 à 1136.

<sup>926</sup> Cette expression était utilisée par l'avant-projet de loi de modification du Code pénal originellement présenté par le gouvernement — terme auquel le Conseil d'État avait préféré celui de « blanchiment » (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 987/1, p. 12). La loi du 17 juillet 1990 « modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code » (*M.B.*, 15 août) ne retint en définitive dans son intitulé ni l'une, ni l'autre expressions « parce que l'intention de blanchir les choses provenant de l'infraction n'a[vait] pas été retenue comme élément constitutif de l'infraction »

finalité traditionnelle de l'instrument pénal, qui ne sert plus, ou plus seulement, à imposer des peines à l'auteur d'une infraction, mais est conçu, pour reprendre l'expression de G. Stessens, « dans une perspective patrimoniale » (*in een buitgericht perspectief*)<sup>927</sup> — servant à la *récupération* d'avoirs. Il n'est que de rappeler l'essor sans précédent de la peine de confiscation spéciale et des mesures provisoires, notamment de blocage d'avoirs, destinées à en garantir l'efficacité<sup>928</sup>.

De ce double point de vue, la « voie pénale » confirme l'*efficacité* qui est rangée traditionnellement au nombre de ses qualités. Elle présente deux avantages au moins sur la « voie civile ». D'abord, loin d'être abandonnée au hasard d'une loi applicable, la « bonne foi » des tiers qui se prétendent titulaires de droits sur les biens ou les avoirs saisis ou confisqués est appréciée à l'aune d'un critère unique, appartenant au système répressif mis en place<sup>929</sup>. Il en va ainsi dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale — l'E.I.M.P., à titre d'exemple, définit en son article 74a, al. 4, *litt. c*, les critères matériels permettant aux tiers de s'opposer à l'exécution de la demande d'entraide, en y incluant le critère de la « bonne foi » —, mais aussi dans celui du blanchiment transnational — où chaque État « confisquant » soumet pareillement les tiers « revendiquants » aux critères matériels de la *lex fori*. Seule, dans l'un et l'autre cas, l'existence du « droit » dont le tiers, s'il est « de bonne foi », entend se prévaloir, est abandonnée à la « loi applicable »<sup>930</sup>. La compréhension même du terme « tiers »,

---

(Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre par M<sup>me</sup> MERCKX-VAN GOEY, *Doc. parl.*, Ch., 1989-1990, n° 987/4, p. 4).

<sup>927</sup> n° 882, 887, 891 et 1170, resp. pp. 375, 381, 383 et 509. Il suffit de songer, si l'on en souhaite un exemple, au détachement que le volet « financier » d'une enquête reçoit, depuis la loi du 10 décembre 1992, au regard de son volet « personnel », dans le Code de procédure pénale néerlandais — autorisant une saisie et une confiscation d'avoirs indépendantes des mesures frappant, dans sa personne, l'auteur de l'infraction (*id.*, n° 123, p. 53, et n° 173 et s., pp. 71-72).

<sup>928</sup> La saisie ou le gel d'avoirs, observe G. STESENS, ne sont plus conçus comme de simples « opsporingsmaatregelen ». Ils prennent le statut de véritables « voorlopige maatregelen », adoptées en vue de garantir l'exécution d'une condamnation au fond (n° 702 à 704, pp. 297-298, qui parle, au n° 702, de « vernieuwde doelstelling » des mesures pénales provisoires).

<sup>929</sup> On peut le dire autrement, en soulignant que la bonne foi « pénale » est distincte de la bonne foi « civile » — le droit pénal introduisant ainsi un « devoir de vérification distinct de celui du droit civil » (D. PIOTET, *Les effets civils de la confiscation pénale*, Bern, Staempfli + Cie, 1995, n° 187, p. 74, qui critique cette distinction, jugeant la condition de bonne foi inadéquate et d'une extrême sévérité).

<sup>930</sup> *Id.*, n° 439 et s., pp. 156 et s., qui plaide pour une insertion plus généreuse de la loi étrangère applicable dans le système de la confiscation pénale.

comme « personne étrangère à l'infraction »<sup>931</sup>, s'en trouve altérée au regard de celle qu'elle reçoit en droit civil. La promptitude des autorités suisses à considérer, dans le cadre de l'E.I.M.P., que les « fondations » liechtensteinoises et panaméennes qui détenaient en Suisse les avoirs de la famille Marcos n'avaient de personnalité juridique que purement « formelle » contraste de ce point de vue, je l'ai dit, avec la réticence des juges civils à appliquer, dans un cadre contractuel, la théorie de la *Durchgriff*<sup>932</sup>.

Un autre « avantage » de la voie pénale est dans l'exclusion du concours dans lequel, en l'absence d'un privilège s'attachant à la propriété, l'État « revendiquant » se trouve placé avec les autres créanciers du chef d'État déchu — qu'il s'agisse de créanciers « contractuels », comme des banques ou des institutions de crédit<sup>933</sup>, ou « délictuels », comme ces victimes de violations des droits de l'homme que l'on a vu s'opposer avec assez de succès à toute transaction par laquelle la République des Philippines conviendrait avec les héritiers de M. Marcos d'un partage de la fortune de l'ancien président, et revendiquer à leur tour le droit d'être associées à pareil partage<sup>934</sup>. La primauté de la saisie pénale sur la saisie civile, admise dans le cadre d'une procédure interne<sup>935</sup>, et qui se vérifie aussi bien, comme en témoignent les décisions rendues en Suisse à l'endroit de la *Golden Budha Corp.* et de la *law firm* américaine qui se disait impayée, dans le cadre de l'entraide internationale, investit *de facto* l'État « revendiquant » d'un droit de préférence dont il serait, au civil, privé<sup>936</sup>.

<sup>931</sup> Art. 74a, al. 4, litt. c, E.I.M.P.

<sup>932</sup> *Supra*, notes 369-370.

<sup>933</sup> Il n'est que de songer à la situation de l'ex-empereur de Centrafrique Jean-Bedel Bokassa, qui, après avoir « réussi l'exploit de s'enfuir en exil avec des dettes » (*Jeune Afrique Économie*, déc. 1991, p. 171), finit à Bangui les jours d'une déchéance impécunieuse — moins parce que la Cour criminelle de Centrafrique avait prononcé la confiscation de ses biens, à hauteur des détournements dont elle l'avait reconnu coupable, au profit de l'État centrafricain (*infra*, note 942) — pas un franc n'en fut récupéré —, que parce que ses créanciers « privés », demeurés impayés, avaient fait main basse avant lui sur les nombreuses propriétés qu'il possédait en France (*Le Monde*, 5 nov. 1996, qui rapporte que la vente forcée de celles-ci, pour un montant de près de six million cinq cent milles francs français, n'aurait pas suffi à rembourser les vingt-sept créanciers qui s'étaient joints aux saisies). L'ancien empereur décéda le 3 novembre 1996, sans autre ressource que sa pension d'ancien combattant de l'armée française.

<sup>934</sup> *Supra*, notes 302 et s., et 623 et s.

<sup>935</sup> Cf. en Belgique, outre les références citées *supra*, notes 885 et s., E. DIRIX, « De verbeurdverklaring... », *op. cit.* in *Om deze redenen*, p. 198.

<sup>936</sup> L'avocat de la République centrafricaine avouait ainsi, au lendemain de la vente par les créanciers inscrits des propriétés immobilières que M. Bokassa possédait en France, qu'« [à] moins de découvrir un compte en banque bien garni, la Centrafrique n'[avait] aucune chance » de récupérer les fonds détournés (*Jeune Afrique Économie*, déc. 1991, p. 169).

La « voie pénale » paraît pour ces motifs s'imposer à tout État qui se prétend victime d'une infraction « contre le patrimoine »<sup>937</sup> — tout au moins lorsqu'il est en mesure de « particulariser » son droit de créance sur des « objets » ou « valeurs » susceptibles de saisie et de confiscation pénales. L'accroissement des possibilités de « confiscation par équivalent » qu'aménagent les instruments les plus récents de lutte contre le blanchiment<sup>938</sup> devrait à cet égard rendre vaines les controverses que nourrit en Suisse, depuis l'arrêt *Pémex*, la remise, dans le cadre de l'E.I.M.P., d'« objets » ou « valeurs » n'ayant aucun lien avec l'infraction, lorsque l'État requérant ne peut faire valoir contre son auteur qu'une « créance compensatrice » — une créance de dommages et intérêts destinés à couvrir le préjudice que lui a causé l'infraction<sup>939</sup>. L'« attrait » de la voie

<sup>937</sup> Voy. déjà OLG Schleswig, 10 fév. 1989, N.J.W., 1989, p. 3105, qui permet, sur le fondement des articles 3, al. 1<sup>er</sup>, et 6, al. 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, à l'État grec de recouvrer la possession de monnaies antiques qu'un citoyen de ce pays avait exportées illégalement en Allemagne — ce, bien que la « saisie d'objets » visée par ces dispositions ait eu à l'origine, dans l'esprit des auteurs de la convention, des fins seulement « probatoires » et non « confiscatoires » (la décision est consacrée pour l'essentiel à la vérification de la condition de double incrimination, qu'elle estime réunie dès l'instant que selon les règles du droit international privé allemand, l'inculpé n'avait pu transporter en Allemagne un droit de propriété qu'il n'avait pu acquérir régulièrement en Grèce). L'interprétation du juge allemand semble admise aux Pays-Bas (H.R., 12 juin 1984, N.J., 1985, n° 173, p. 664). Elle paraît rejetée en Suisse. Après s'être sur ce point montré hésitant (7 févr. 1973, *Credito Svizzero c. Camara dei ricorsi penali del Tribunale di Appello del cantone Ticino*, A.T.F. 99 Ia 78, pp. 91 et s., consid. 6a à c; 2<sup>e</sup> Cour de dr. publ., 3 juill. 1980, *M. c. Tribunal d'accusation du Tribunal cantonal vaudois*, A.T.F. 106 Ib 341, pp. 344 et s., consid. 3), le Tribunal fédéral l'a affirmé clairement (outre l'arrêt déjà cité de la 1<sup>re</sup> Cour de dr. public du 2 nov. 1989 en la cause *Pémex*, *supra*, note 277, A.T.F. 115 Ib, pp. 529-530, consid. 6d, l'arrêt de la même Cour du 19 nov. 1986, *S. e litisconsorti c. Camera dei ricorsi penali del Tribunale di appello del Cantone Ticino e Giudice istruttore sottocenerino*, A.T.F. 112 Ib 576, p. 597, consid. 12).

<sup>938</sup> Cf. not. les articles 2 et 13, al. 3 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, signée à Strasbourg, le 8 novembre 1990 (Convention n° 141), approuvée par la loi belge du 8 août 1997, M.B., 4 juin 1998, qui publie aussi une liste des États ayant ratifié la convention avec, chaque fois, la date de son entrée en vigueur. Le dernier article prévoit expressément la possibilité, pour l'État requérant, de « faire recouvrer sa créance sur tout bien disponible à cette fin » sur le territoire de l'État requis.

<sup>939</sup> Le Tribunal fédéral avait en son arrêt *Pémex* indiqué, en se référant à la jurisprudence développée sur la base de l'article 44, L.P., que « [d]ie Beschlagnahme irgendwelcher Vermögenswerte des Beschuldigten in der Schweiz zur Schadensdeckung stünde (...) in Widerspruch zu den Grundsätzen des Ewangsvollstreckungsrechts », de telle manière que n'étaient pas saisissables « Gegenstände (...) die mit der Straftat in keinem Zusammenhang stünden und zur Deckung privatrechtlicher Schadenersatzansprüche der durch die Strafhandlung Geschädigten bestimmt seien » (A.T.F. 115 Ib, p. 535, consid. 7d). « La problématique (...) est toutefois différente », note HARARI, de la « créance compensatrice », « dans la mesure où, si celle-ci vise bien la saisie puis la réalisation d'un objet n'ayant aucun lien avec l'infraction, c'est uniquement pour remplacer le produit ou le résultat de l'infraction devenu insaisissable, conformément au principe que « le crime ne doit pas payer » » — qui, relève l'auteur en note, « constitue (...) le but principal de la confiscation » —. « Il s'agit avant tout d'empêcher que celui qui a disposé des valeurs sujettes à confiscation soit avantagé par rapport à celui qui les a conservées » (« Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, pp. 180-181, notes omises). Et l'auteur de citer, à l'appui de sa thèse, un arrêt récent du Tribunal fédéral, rendu cependant dans le cadre de la voie de l'*exequatur*, celle des articles 94 et s., E.I.M.P. — sans préciser si cette voie a été choisie parce que l'arrêt *Pémex* l'avait préconisée ou parce que les articles 63 et 74a ne permettaient pas la remise d'objets ou de valeurs « en vue du remboursement d'une créance compensatrice » (*ibid.*, p. 181, citant A.T.F. 120 Ib 167).



pénale est donc appelé à augmenter. Il en est d'autant plus ainsi que les juges pénaux n'hésitent pas (ou n'hésitent plus ?), dans les limites de leur compétence judiciaire — c'est-à-dire pour autant qu'ils puissent se saisir de l'infraction <sup>940</sup> —, à donner à leurs commandements une portée extraterritoriale — et pas seulement dans les pays de *common law*, où la procédure pénale est traditionnellement plus proche de la procédure civile qu'elle ne l'est dans les pays de tradition romano-germanique <sup>941</sup>.

## B. — LA PERSPECTIVE « INTERNATIONALE »

Car à cette première « révolution » s'ajoute une seconde, ayant trait aux rapports que les ordres juridiques nationaux entretiennent entre eux dans le domaine répressif, qui place le droit pénal contemporain à plusieurs lieues de la « territorialité » qui permit, il y a près de vingt ans, à l'ex-empereur de Centrafrique Jean-Bedel Bokassa d'échapper en Côte d'Ivoire et en France aux condamnations prononcées contre lui, par contumace, par la Cour criminelle de Bangui <sup>942</sup>, et dont souffrit pareillement la

---

L'auteur en conclut que « la solution de l'exequatur paraît être la seule voie qui permette la remise d'objets et valeurs en vue du *recouvrement de la créance compensatrice* » (*ibid.*, p. 195, souligné par l'auteur lui-même).

<sup>940</sup> Cf. en Belgique les articles 6 et s. du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, y inséré par la loi du 17 avril 1878. Sur cette limite, cf. D. PIOTET, *Les effets civils...*, *op. cit.*, n° 438, p. 156.

<sup>941</sup> Not. les affaires célèbres *United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384 (11th Circ. 1982), *cert. den.*, 462 U.S. 1119, 103 S.Ct. 3086, et 77 L.Ed.2d 1348 (1983), et *In re Grand Jury Subpoena Directed to Marc Rich & Co., Marc Rich & Co. v. United States*, 707 F.2d 663 (2d Circ. 1983) et surtout, prévoyant la possibilité pour le juge pénal d'adopter un *restraint order* « extraterritorial » inspiré des *Mareva injunctions* civiles, les sections 62 (2) du *Drug Trafficking Act 1994* et 102 (3) du *Criminal Justice Act 1988*. Cf. en Suisse D. PIOTET, *Les effets civils...*, *op. cit.*, n° 436 et 437, p. 155; en Belgique, STESSENS, n° 1197 et 1198, pp. 521-522.

<sup>942</sup> Le 28 novembre 1980, M. Bokassa, qui se trouvait alors en exil en Côte d'Ivoire, fut renvoyé devant la Cour criminelle de Bangui pour y répondre, outre de divers faits de complicité d'assassinat ou de meurtre, de diverses violations des droits de l'homme commises entre 1974 et 1979, et d'atteinte à la sûreté de l'État, du « détournement au préjudice de l'État centrafricain des bijoux et des joyaux de la couronne, objets d'une valeur de 1.136.637.500 francs », du « détournement au préjudice de l'État centrafricain de 2.154,45 carats et d'une partie des diamants bruts destinés à être incorporés dans les joyaux de la couronne, d'une valeur de 1.000.000.000 de francs », du « détournement de deniers publics, commis au préjudice du Trésor centrafricain et des sociétés para-étatiques, d'un montant provisoirement évalué à 13.250.000.000 de francs », et de « la fraude sur la commercialisation de l'or et des diamants bruts, en violation des textes relatifs à la commercialisation, à la détention et à l'exportation des pierres précieuses ». Le procès s'ouvrit par contumace, après que la Côte d'Ivoire eut refusé d'accéder à la demande d'extradition formulée par les nouvelles autorités centrafricaines, et M. Bokassa fut, le 19 décembre, condamné, entre autres, à la « confiscation de tous ses biens meubles et immeubles au profit de l'État centrafricain ». Il ne semble pas que l'exécution en fut poursuivie à l'étranger. Le jugement fut, d'ailleurs, « anéanti de plein droit » par l'arrestation de M. Bokassa par les autorités de police centrafricaines, au lendemain de son « débarquement par surprise » à l'aéroport de Bangui, le 23 octobre

République du Burkina Faso au lendemain de la condamnation, vers la même époque, par les Tribunaux Populaires de la Révolution, de plusieurs ministres de l'ancien régime accusés d'avoir détourné et placé à l'étranger quelque six milliards et demi de francs C.F.A. versés à leur pays dans le cadre de l'aide internationale <sup>943</sup>.

L'incrimination du blanchiment d'argent n'y est, à nouveau, pas étrangère. À son *origine internationale* — une origine double <sup>944</sup>, construite en appui mutuel, qu'explique, à côté d'évidentes raisons d'efficacité, la préoccupation des législateurs et des milieux d'affaires intéressés, de maintenir entre les systèmes bancaires et financiers des différents États du monde un même niveau de concurrence; un « same level

---

1986, par vol régulier en provenance de Paris. Un procès s'ouvrit à nouveau, sur les mêmes chefs d'accusation, le 26 novembre devant la Cour criminelle de Bangui. Le montant des « détournements » commis ayant été ramené à quelque trois milliards cent quarante millions de francs, l'ex-empereur ne fut condamné à la « confiscation de ses biens au profit de l'État centrafricain » qu'à concurrence de ce montant, par jugement du 12 juin 1987. Le pourvoi fut rejeté par la Cour suprême de Centrafrique dans un arrêt du 14 novembre 1987, pour le motif que les fautes reprochées à l'ancien président étaient des fautes personnelles, détachables de la fonction, et qu'elles justifiaient pour ce motif la compétence des tribunaux de droit commun (*Rev. gén. dr. int. publ.*, 1981, p. 542, et *Rev. jur. et pol. Ind. et coop.*, 1988, pp. 1 à 28, qui publie l'arrêt de la Cour suprême, ainsi que le rapport de son président et les conclusions de l'avocat général).

<sup>943</sup> *Jeune Afrique Économie*, déc. 1991, p. 169, et les indications contenues dans M. F. SAWADOGO et L. YARGA, « Les Tribunaux Populaires de la Révolution (T.P.R.) en Haute-Volta », *Penant*, 1984, pp. 267 et s., spéc. p. 276, note 28.

<sup>944</sup> Car elle est contenue tant dans des *instruments juridiquement contraignants* — les Conventions des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, signée à Vienne, le 19 décembre 1988, approuvée par la loi belge du 6 août 1993, *M.B.*, 21 mars 1996, et du Conseil de l'Europe citée à la note 938 ci-dessus — que dans des « *recommandations* » *relevant de la soft law* — la « déclaration des principes » adoptée à Bâle, le 12 décembre 1988, par le Comité Cooke (Prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle. Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires. Comité de Bâle. — Le comité, réuni depuis 1974 sous l'égide de la Banque des règlements internationaux, rassemble les représentants des banques centrales et des autorités de contrôle bancaire de douze pays occidentaux : l'Allemagne, la Belgique, le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, et la Suisse), et les quarante recommandations présentées à Paris, le 6 février 1990, par le Groupe d'Action Financière (le synopsis des quarante recommandations du GAFI (ou *Financial Action Task Force* — F.A.T.F.) est paru dans le *Bulletin* de la Commission fédérale suisse des banques, n° 20, 1990, pp. 53 et s. On le trouve reproduit en annexe au Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants de Belgique par M<sup>me</sup> Merckx sur le projet de loi tendant à modifier les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et à insérer un article 43bis dans ce même Code, qui a donné lieu à la première réglementation du blanchiment en droit belge (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 987/4). Ces recommandations ont été révisées pour la première fois lors de la réunion plénière de juin 1996 (voy. l'annexe I du 6<sup>e</sup> rapport annuel). Sont membres du GAFI tous les membres à part entière de l'O.C.D.E. (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Japon, Luxembourg, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie, ainsi que Hong Kong et Singapour)).

playing field »<sup>945</sup> — correspond une *fin* internationale. Produit de la « solidarité », réelle ou supposée, qui devrait unir les États dans la lutte contre la criminalité transfrontière<sup>946</sup>, cette incrimination renouvelle le droit pénal international, dans les deux secteurs de son « épanouissement » traditionnel : ceux de l'entraide et de la compétence judiciaire — qui correspondent en quelque manière, dans le domaine pénal, aux « décisions » et aux « règles »<sup>947</sup>.

Sur le premier plan — le plus spectaculaire —, les instruments internationaux de répression du blanchiment ont prévu des dispositions relatives à la coopération internationale incluant, outre l'échange traditionnel de moyens de renseignement et de documents de preuve, l'exécution internationale des mesures de saisie et de confiscation. L'incrimination du blanchiment étant, dans les États — de plus en plus nombreux — qui entendent sauvegarder l'« honorabilité » de leur place financière, généralisée, il en est résulté un développement spectaculaire de l'entraide pénale internationale — développement qui, à l'échelle mondiale, a pu atteindre dans le noyau dur au moins de la lutte contre le blanchiment, celui du trafic des stupéfiants, le niveau qu'il n'avait à ce jour rejoint qu'au sein d'espaces judiciaires relativement

<sup>945</sup> G. HERTIG, « La diligence des banques : Les règles de conduite vis-à-vis des clients, Aspects de droit public », *R.D.S.*, 1994, pp. 271-272. Cette internationalité n'est pas — les débats qui ont précédé l'adoption de la directive « blanchiment », qui en forme le fruit par excellence, l'ont en Europe révélé — sans mettre en question la prérogative traditionnelle des États et, au sein des États, des parlements, de « punir souverainement » (B. SPRIET, « De doorwerking van het europees gemeenschapsrecht in de strafbaarstelling van het interne belgische strafrecht », *R.W.*, 1995-1996, pp. 1159 et s. — voy. la dir. n° 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *J.O.C.E.* n° L 166 du 28 juin 1991, p. 77. Les Communautés européennes n'ayant pas le pouvoir de régler la répression pénale, la directive se borne à décider, en son article 2, que « [l]es États membres veillent à ce que le blanchiment de capitaux, tel qu'il est défini dans la présente directive, soit interdit », sans préciser si cette « interdiction » peut se borner au plan civil, ou doit s'étendre au plan de la répression pénale).

<sup>946</sup> Th. VOGLER, « Rapport général - General Report » au Colloque préparatoire au XIII<sup>e</sup> Congrès international de l'Association Internationale de Droit pénal sur les « Structures et méthodes de la Coopération répressive internationale et régionale (à l'exclusion de l'extradition) », *R.I.D.P.*, 1984, p. 40.

<sup>947</sup> « Essentieel », écrit G. STESENS, « voor het internationaal regime ter bestrijding van het witwassen zijn dan ook de twee functies die de internationale normgeving in deze te vervullen heeft : het tot stand brengen van een geharmoniseerde regelgeving [c'est l'aspect des « règles »] en het bevorderen van de samenwerking tussen de verschillende staten [c'est celui des « décisions »] » (n° 53, p. 24).

intégrés ou regroupant des États unis entre eux par une certaine solidarité, comme les États membres de la Communauté européenne ou du Conseil de l'Europe <sup>948</sup>.

La loi fédérale suisse du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale a représenté en quelque manière, avant la lettre, le point le plus achevé de cette évolution — pour l'essentiel toujours en cours. Elle ne s'est pas bornée à moderniser des dispositions qui remontaient au XIX<sup>e</sup> siècle <sup>949</sup>, mais en a modifié la philosophie sur un point essentiel, puisqu'elle permet l'octroi de l'entraide sur une base purement unilatérale, c'est-à-dire à défaut même de traité d'entraide <sup>950</sup>. Plus encore, la condition de réciprocité à laquelle l'entraide demeure en pareille hypothèse « [e]n règle générale » subordonnée est assortie d'exceptions — et en toute hypothèse, se voit appréciée souplement <sup>951</sup>. Même si l'octroi de l'entraide dépend de l'appréciation discrétionnaire des autorités de l'État requis, il y a là une position radicalement en pointe, que seuls l'Allemagne, l'Autriche, le Liechtenstein, le Portugal et les Pays-Bas paraissent à ce jour avoir rejointe <sup>952</sup> — au contraire de la Belgique, qui, en dépit de la

<sup>948</sup> Sur les critiques qu'encourt à cet égard la conception de Ph. B. HEYMANN, selon laquelle la coopération judiciaire internationale n'emprunterait le « modèle international », fondé sur la réciprocité et la conclusion de conventions internationales, qu'entre des États distants l'un de l'autre et présentant un faible degré d'homogénéité (« Two Models of National Attitudes Toward International Cooperation in Law Enforcement », 31 *Harv. Int'l L. Journ.* 99 (1990), pp. 99 à 107), voy. STESENS, n° 978, pp. 418-419, et la note 1972, p. 419.

<sup>949</sup> Voy. l'ancienne loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition, RS 353.0.

<sup>950</sup> L'E.I.M.P. forme, en outre, un « droit commun » ou « supplétif » : elle permet l'octroi de l'entraide en présence même d'un traité international, multilatéral ou bilatéral, lorsque les conditions prévues par celui-ci ne sont pas réunies. Les traités d'entraide, décide en effet le Tribunal fédéral, sont inspirés d'un « principe de faveur » (*Günstigkeitsprinzip*). Ils sont destinés à favoriser la coopération internationale, et ne peuvent donc s'opposer à un octroi plus large de l'entraide en vertu du droit commun (2<sup>e</sup> Cour de dr. publ., 15 déc. 1981, *M. c. Office fédéral de la police*, A.T.F. 107 Ib 274, pp. 276 et s., consid. 2; 1<sup>re</sup> Cour de dr. publ. 16 avr. 1996, *Office fédéral de la police c. soc. C. et Ch. d'accusation du canton de Genève*, A.T.F. 122 II 140, pp. 141-142, consid. 2).

<sup>951</sup> L'article 8 dispose, en son al. 2, *litt. a*, que la réciprocité n'est « en particulier » pas nécessaire lorsque l'exécution de la demande d'entraide « paraît s'imposer en raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions ». De pareille catégorie relèvent « sans conteste », a décidé le Tribunal fédéral, les infractions économiques d'une particulière gravité (*schweren Wirtschaftsdelikte*) : « [b]ei solchen Delikten liegt der Verzicht auf die Gegenrechts-Bedingung nicht nur im Interesse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung auf internationaler Ebene, sondern auch in jenem der Schweiz selbst, wenn sie verhindern will, zum weitherum bekannten und beliebten Hort für Deliktsgut zu werden oder in den Augen der Delinquenten als solcher zu gelten » (A.T.F. 115 Ib, p. 525, consid. 4b). Une simple « note verbale » de l'Ambassade de l'État requérant à Berne est par ailleurs, lorsque celle-ci demeure requise, considérée comme une « garantie de réciprocité » suffisante (not. A.T.F. 110 Ib, p. 176, consid. 3a, et arrêt 1A.58/1989, pp. 2-3, consid. 2).

<sup>952</sup> Voy. les réf. législatives contenues dans le *Message* du Conseil fédéral du 23 mai 1995 concernant la révision de l'E.I.M.P. (F.F., 1995, III, p. 4, note 3). Comp., pour la collecte des documents de preuve, la section 1782 (a) du titre 28, U.S.C. — dont les virtualités, pour le contentieux que j'ai pris en examen, ont déjà été aperçues (*supra*, notes 745 et s.).

relative nouveauté de sa législation, est on l'a vu demeurée attachée à l'exigence d'un cadre conventionnel <sup>953</sup>.

Le second plan concerne la « compétence judiciaire » — le pouvoir du juge de se saisir de la criminalité étrangère. Il serait plus exact de dire qu'il tient à la structure de l'incrimination, complexe. Supposant l'existence d'une infraction « principale » ou « de base » (*predicate offence* ou *hoofdmisdrijf*), l'incrimination du blanchiment comporte en elle-même le principe d'une coopération internationale. Il permet, en tous les pays qui répriment le « blanchiment transnational » — tous ceux notamment qui ont ratifié la Convention de Strasbourg <sup>954</sup> —, aux autorités nationales de se saisir indirectement de

<sup>953</sup> *Supra*, texte suivant la note 883.

<sup>954</sup> Celle-ci précise, en son article 6, § 2, a, que « le fait que l'infraction principale soit ou non de la compétence des juridictions pénales de l'État en cause » ne peut « entre[r] (...) en ligne de compte » pour la mise en œuvre de la répression définie au paragraphe 1<sup>er</sup>. Rapp., dans le domaine « administratif », l'art. 1<sup>er</sup> de la directive « blanchiment », aux termes duquel « [i]l y a blanchiment de capitaux même si les activités qui sont à l'origine des biens à blanchir sont localisées sur le territoire d'un [...] autre État membre ou sur celui d'un pays tiers ». La solution résulte en Suisse du texte même de la loi : « [l']auteur sera également puni lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et qu'elle est aussi punissable dans l'État où elle a été perpétrée » (art. 305bis, § 3, C. pén.). — En Belgique, la question de la prise en considération de l'infraction commise en pays étranger a été en jurisprudence compliquée par le caractère instantané originellement prêté à l'infraction de blanchiment. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1990, le ministre de la Justice avait précisé qu'en dépit de l'emploi des participes passés « acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé ou géré » dans le texte de l'incrimination légale — emploi qui ne fut jugé suffisamment fâcheux pour entraîner une adaptation que du seul texte néerlandais —, le délit de blanchiment devait s'interpréter comme présentant un caractère instantané (*Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1989-1990, séance du 3 juill. 1990, p. 2408). Cette option, rapidement suivie par la jurisprudence (Corr. Anvers, 23 févr. 1993, *supra*, note 885), rendait relativement malaisée l'introduction de poursuites contre les opérations — fréquentes dans ce pays qui jouxte les Pays-Bas, où la vente de certains stupéfiants est tolérée — consistant à transférer en Belgique, pour les réexpédier à l'étranger, des avantages patrimoniaux dont la prise de possession avait eu lieu en-dehors des frontières nationales. Selon R. VERSTRAETEN et D. DEWANDELEER, il y allait d'actes de participation qui, concourant à une infraction commise à l'étranger, ne pouvaient être poursuivis isolément en Belgique (« Witwassen... », *op. cit.* in R.W., 1995-1996, p. 693, note 47). Ce n'est qu'au prix d'un effort d'imagination que la jurisprudence admit la poursuite de pareils agissements, en considérant que chaque transaction constituait une nouvelle infraction, et que ces infractions — formant autant de délits instantanés — étaient unies entre elles par une unité d'intention délictueuse (Corr. Anvers, 14 avril 1994, *supra*, note 885). Cette interprétation reçut le secours de la Cour de cassation, pour qui « art. 505, eerste lid, 2°, Sw., naast het in bezit, bewaring of beheer nemen van zaken waarvan men de oorsprong kende of moest kennen, wat een aflopend misdrijf is, eveneens latere daden van beheer door hem die met kennis van zaken in bezit, bewaring of beheer heeft genomen, als afzonderlijke feiten strafbaar stelt », et « voor het strafbaar karakter van de latere daden van beheer niet is vereist dat het oorspronkelijke wetens in bezit, bewaring of beheer nemen in België plaats heeft gevonden of in België strafbaar is » (31 oct. 1995, inédit, cité à la même note). « Ware het niet eenwoudiger uitdrukkelijk te bepalen dat het om een voortdurend misdrijf gaat ? », se demanda le législateur lors de l'élaboration de la loi du 7 avril 1995 (*Ann. parl.*, Sénat, sess. ord. 1994-1995, n° 1323/1, p. 9). Et de fait — sans lui apporter de modification formelle — il décréta qu'il y avait désormais lieu de lire le texte de l'article 505, al. 1<sup>er</sup>, 2°, du Code pénal comme incriminant un délit continu. Il est vraisemblable que la jurisprudence — suivant en cela la doctrine — se résignera à suivre le législateur dans les mystères de cette nouvelle interprétation, donnée au départ d'un texte dont pas une virgule n'a été modifiée... Le caractère continu des infractions déniées aux 3° et 4° du même texte ne devrait quant à lui pas poser de

la criminalité étrangère, lorsque le produit en a été « investi » sur leur territoire <sup>955</sup>. Il s'agit d'une forme moderne de prise en considération de la répression pénale étrangère, dont le principe se retrouve dans une condition de double incrimination inverse à celle qui est généralement utilisée pour définir la compétence judiciaire internationale en matière pénale, et dont le paragraphe 3 de l'article 305bis du Code pénal suisse offre un exemple <sup>956</sup>.

L'on devine, combiné avec une autre évolution, qui étend la liste des « infractions de base » au-delà des limites du trafic de stupéfiants dans lesquelles les textes internationaux l'avaient en un premier temps confinée <sup>957</sup>, tout l'intérêt que cette prise en considération présente pour la lutte contre la criminalité des fonctionnaires publics — dont il n'est plus requis *a priori*, comme au temps du général Noriega <sup>958</sup>, qu'ils se livrent au trafic de la drogue.

Un point mérite, à cet égard, d'être souligné. Partant de l'idée que « [d]er Schutz fremder staatlicher Interessen kann nicht Aufgabe des schweizerischen Strafrechts

---

difficultés, ces textes reproduisant, on l'a vu, celui de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, b) de la Convention de Vienne.

<sup>955</sup> Voy., pour une confirmation expresse, Trib. féd., 21 sept. 1994, *Sem. jud.*, 1995, p. 308 — dont les considérants peuvent, semble-t-il, être généralisés. Cf. STESSENS, n° 775, pp. 333-334; sur la localisation du blanchiment lui-même, n° 778 et s., pp. 334 et s.; sur les dangers que cette « multiplication des chefs ou des revendications de compétence judiciaire » (*verveelvoudiging van rechtsmachtaanspraken*) fait peser sur le principe *non bis in idem*, n° 803, p. 344, et n° 1268 à 1282, pp. 551 à 557.

<sup>956</sup> Le texte de la disposition est reproduit à la note 954 ci-dessus.

<sup>957</sup> Qu'il suffise de signaler, comme signe du « passage » du blanchiment de la « première » à celui de la « deuxième », voire de la « troisième » générations (P. BERNASCONI, « Blanchiment d'argent », in *Rapports généraux du XIV<sup>e</sup> congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Athènes, Ant. N. Sakkoulas et La Haye, Kluwer, 1996, p. 424) que, dans sa quatrième recommandation révisée en juin 1996, le célèbre Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI ou *Financial Action Task Force* — F.A.T.F.) convoqué à Paris, en juillet 1989, par le *Sommet de l'Arche* des sept pays les plus industrialisés, a quitté le champ étroit de la lutte contre le trafic des stupéfiants pour s'engager à son tour, serait-on tenté de dire, dans la voie de l'incrimination du blanchiment des produits de toute infraction d'une particulière gravité — laissant aux États le soin de déterminer ce qu'il y avait lieu d'entendre par là (7<sup>e</sup> *Rapport annuel*, Paris, 1996, p. 7).

<sup>958</sup> L'on sait les déboires judiciaires que l'ex-homme fort panaméen, « enlevé » au mois de décembre 1989 par les forces d'intervention américaines de l'opération « juste cause », a connus aux États-Unis — où il purge actuellement une peine de quarante années d'emprisonnement (*supra*, note 723). Il est peut être moins connu qu'il fait aussi, depuis décembre 1995, l'objet d'une mise en examen du chef de blanchiment d'argent, que lui a notifiée un juge d'instruction parisien (J. HÉRAIL et P. RAMAEL, *Blanchiment d'argent et crime organisé*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 8-9, qui estiment cette mise en examen « symptomatique des affaires de ce type : dimension internationale et choix d'un pays — le nôtre — offrant toute garantie de stabilité aux investisseurs éventuels »...).

sein »<sup>959</sup>, de nombreux auteurs ont soutenu que le paragraphe 3 de l'article 305bis impliquait une « double incrimination concrète » : il ne fallait pas seulement que l'infraction principale eût été, si elle y avait été commise, punissable en Suisse, mais que, commise à l'étranger, elle eût porté atteinte au « bien juridique » que le législateur suisse avait entendu protéger. S'agissant des « délits de fonction » comme la gestion déloyale des intérêts publics (*ungetreue Amtsführung* — art. 314, C. pén.) ou la corruption passive (*passive Bestechung* — art. 315)<sup>960</sup>, la condition de « double incrimination » n'était jamais remplie. L'infraction commise à l'étranger n'avait pas diminué le patrimoine de l'État suisse — seul « bien juridique » que le législateur suisse entendait protéger — mais celui d'un État étranger<sup>961</sup>. Le Tribunal fédéral a rejeté l'interprétation, en un arrêt intéressant l'une des enquêtes ouvertes en Italie dans le cadre de l'« opération » « mani pulite »<sup>962</sup> — autorisant l'ouverture récente, par le parquet de Genève, d'une instruction pénale pour blanchiment d'argent, avec constitution de partie civile de l'État pakistanais, à charge de l'ex-premier ministre Benazir Bhutto, de son mari Asif Ali Zardari et de divers autres de ses familiers, dont, on l'a vu, les comptes bancaires étaient déjà gelés dans le cadre de l'E.I.M.P.<sup>963 — 964</sup>.

<sup>959</sup> G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II*, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 1984, p. 301.

<sup>960</sup> À ces « délits de fonction » s'ajoutent les infractions de droit commun comme l'association de malfaiteurs (*rechtswidrige Vereinigung* — art. 164 et art. 13, al. 1<sup>er</sup> et 3), l'escroquerie (*Betrug* — art. 386, al. 3), et, *last but not least*, la criminalité d'affaires (*ungetreue Geschäftsführung* — art. 159), qui réprime de façon générale la gestion déloyale.

<sup>961</sup> N. SCHMID, « Anwendungsfragen des Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305bis », in Fédération suisse des avocats (éd.), *Geldwäscherei und Sorgfaltspflichten*, Actes de la journée d'études du 25 sept. 1990, Zürich, *Schriftenreihe S.A.V.*, 1991, pp. 111-112, et, du même auteur, « I problemi di applicazione della norma penale sull'insider trading e la fattispecie penale del riciclaggio di denaro », in P. BERNASCONI et M. BORGHI (a cura di), *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, Atti della giornata di studio del 18 ott. 1990, Lugano, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, 1990, p. 62.

<sup>962</sup> 29 mars 1993, *F. Establishment c. Tessin*, *Sem. jud.*, 1994, p. 109.

<sup>963</sup> *Journal de Genève*, 19 janv.; *Le Temps*, 3 et 4 juin 1998. Une autre enquête, visant le blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue, était ouverte début juin par le Ministère public de la Confédération, à l'encontre de mêmes personnes, auxquelles s'ajoutaient divers autres responsables dont l'actuel premier ministre, Nawaz Sharif (*Le Temps*, 5 juin et 1<sup>er</sup> juill. 1998). — Par une curieuse application de l'adage « non bis in idem » (ou « electa una via ») dans le domaine procédural, la Chambre d'accusation du canton de Genève a, dans un arrêt du 13 octobre 1998, rejeté la constitution de partie civile de l'État pakistanais, au motif que celui-ci n'avait « fourni aucune indication concernant le préjudice subi en relation avec des actes de blanchiment ». « Le tort causé au patrimoine national », précisait la Cour, « découle[ait] [d']actes de corruption (...) déjà poursuivis sur territoire pakistanais [et faisant l'objet de procédures d'entraide] (...). Cela (...) suffi[sait] à garantir la sauvegarde de l'entier (...) préjudice » — rendant irrecevable une constitution de partie civile (*Le Temps*, 14 oct. 1998). Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de droit public que le Pakistan avait formé contre cet arrêt (*ibid.*, 26 janv. 1999).

<sup>964</sup> Le parquet de Genève a, plus récemment, ouvert une nouvelle enquête pour blanchiment à l'encontre d'un dignitaire étranger : il s'agit de l'enquête ouverte à l'encontre de l'ancien premier ministre ukrainien Pavlo Lazarenko, « fondée essentiellement », d'après *Le Temps* des 4 et 5 décembre 1998, « sur les éléments qui figurent sur la demande d'entraide judiciaire adressée par son pays le 12 mars 1997 », savoir

### C. — LES « MÉTAMORPHOSES » DU DROIT PÉNAL

De cette double « internationalisation » découle la mise en place, en droit pénal international, de mécanismes de collaboration de « droit commun », parallèles à ceux du droit international privé, qui obéissent à un régime juridique propre et ne se confondent pas avec eux — « réalisant » en quelque manière, avec le recul du temps, l'analyse que Neumeyer avait implicitement portée sur la distinction de nature et donc, de méthode, séparant, dans les relations internationales, droit public et droit privé — le droit pénal étant rangé *par excellence* dans la première catégorie <sup>965</sup>.

L'affaire Marcos en a offert en Suisse l'illustration la plus remarquable — treize années de procédure et une modification législative ayant, *par nécessité*, transformé l'E.I.M.P. en une voie de récupération parallèle, destinée à venir à l'appui de revendications patrimoniales dont l'État peut puiser le fondement dans une condamnation de nature civile et même, avant toute décision définitive et exécutoire — une voie qui, pour ce motif, paraît plus favorable encore que celle, traditionnelle, de la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères rendues en matière civile, dont la L.D.I.P. offre le cadre. On peut en dire autant sur le plan de la compétence judiciaire. L'ouverture en Belgique et, plus récemment encore, en Suisse, d'une instruction pénale pour blanchiment à charge de M. Mobutu et de M<sup>me</sup> Bhutto préfigure une sorte de délégation de la poursuite pénale (*overdracht van strafvervolgning*), bénéficiant aux États étrangers et assez identique, dans son principe, à celle qui existe déjà à l'appui des infractions au droit international ou, plus clairement encore en Europe occidentale, des infractions au droit européen <sup>966</sup> — délégation par laquelle l'État auteur des poursuites ne les exercerait qu'au nom et pour le compte de l'État

---

« des soupçons de corruption et de détournement de fonds publics opéré notamment au détriment d'une ferme d'État ». Interpellé à la frontière bâloise début décembre porteur d'un passeport panaméen, l'ancien premier ministre, libéré sous caution, tenta, mais vainement, de fuir aux États-Unis où il fut réarrêté, en février 1999 (*ibid.*, 22 févr. 1999).

<sup>965</sup> G. VAN HECKE, « Droit public et conflits de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. priv.*, 1983-1984, pp. 227 et 229.

<sup>966</sup> B. SPRIET, « De doorwerking... », *op. cit.* in R.W., 1995-1996, pp. 1163 et s., où l'auteur examine les conséquences de cette « délégation » en termes de politique répressive.



« victime » <sup>967</sup>, et qui s'accompagne nécessairement, dans le cadre de l'*assets sharing*, du partage des condamnations obtenues <sup>968</sup>.

Pour qui est friand d'internationalisme, il n'est somme toute guère de motif de s'en réjouir : rendant en quelque manière superflu le recours aux techniques du droit international privé pour réaliser une perméabilité à laquelle le droit pénal est traditionnellement rétif, ils creusent davantage, et de façon presque irrémédiable, le fossé qui sépare dans les relations internationales droits « privé » et « public » — comme si ce dernier était par nature condamné à inventer ses propres voies de collaboration, parce que celles, bien éprouvées, qu'aménage celui-là ne lui conviendraient pas ou lui resteraient irrémédiablement fermées. Il y a plus : la « voie pénale » se prête mal à cet internationalisme d'un genre nouveau, et risque d'y laisser son âme. Quelque malentendu initial la gauchit en effet; il la biaise — comme la biaise aujourd'hui, de manière plus générale, la lutte contre la criminalité économique...

L'on peut passer sur les inévitables compromis qu'une perspective « patrimoniale » comporte avec quelques règles d'amnistie traditionnelles, comme celle, connue semble-t-il de tous les États du monde, selon laquelle le décès de l'auteur de l'infraction éteint les poursuites. Il devrait y avoir là une limitation sérieuse, dès lors que seuls vacillent les trônes que la jeunesse et la santé ont depuis longtemps délaissés. Le Tribunal fédéral suisse ne semble pas en avoir fait grand cas, qui s'est, dans son troisième arrêt Marcos, borné à prendre acte qu'au jugement de l'État requérant — un jugement, souligna le Tribunal sans guère s'en expliquer, qui « [devait] l'emporter sur celui des recourants » —, le décès de « l'accusé principal » « ne constitu[ait] pas un obstacle à la mise en œuvre d'une procédure de confiscation » <sup>969</sup>. À l'extinction des poursuites liées au décès de l'auteur de l'infraction, la pratique semble au demeurant avoir trouvé la parade — de soumettre à l'instruction, et au procès, non seulement le dictateur lui-

---

<sup>967</sup> C'est de pareil principe de « représentation » qu'est inspiré, en matière de blanchiment, l'article 4 de la Convention de Vienne qui consacre l'adage *aut dedere aut judicare*.

<sup>968</sup> STESENS, n° 1297 et s., pp. 562 et s.

<sup>969</sup> A.T.F. 116 Ib, p. 461, consid. 5c, qui constate : « [q]uelque soit le mérite de l'opinion contraire soutenue par les recourants sur la base d'avis de droit qu'ils ont requis, le point de vue exposé par l'État requérant n'apparaît pas d'emblée inexact et n'est pour le moins pas contraire à l'ordre public suisse; il doit l'emporter sur celui des recourants » (*ibid.*, pp. 461-462).

même mais sa veuve et ses héritiers comme, plus généralement, tous les membres de son entourage bien vivants et prêts à recueillir l'héritage.

C'est au niveau de la protection des droits de l'homme, et singulièrement du respect des droits de la défense, que se situe le principal grief. L'E.I.M.P. permet au juge suisse de passer outre à l'exigence d'une condamnation « définitive » et « exécutoire » sur le territoire de l'État requérant. Celle-ci n'est requise qu'« en règle générale », des situations d'une gravité exceptionnelle — tant pour l'État requérant que pour la Suisse elle-même, guère désireuse de devenir un « coffre-fort international » pour « fonds litigieux »<sup>970</sup> — pouvant justifier la remise des avoirs avant même le prononcé d'une condamnation. La dérogation ainsi apportée aux garanties dont l'article 1<sup>er</sup>, E.I.M.P. suspend l'octroi de l'entraide est considérable. Car la simple ouverture d'une instruction — fût-elle, par la suite, abandonnée — ne permet pas seulement à l'État requérant d'avoir accès aux moyens et aux documents de preuve qui, pour reprendre l'observation faite par le Tribunal fédéral dans son troisième arrêt Marcos<sup>971</sup>, lui permettront de « compléter l'enquête ». Elle l'autorise avant toute condamnation et même, *sans* condamnation, à obtenir le résultat qu'il recherche et, semble-t-il, qu'il recherche de manière *exclusive* — la remise des biens et objets qui proviennent de l'infraction.

Le « souhait », formulé par divers auteurs pour prévenir que, par « la nécessaire rigueur dont elle doit faire preuve dans la vérification du respect des droits essentiels de la défense », la Suisse ne devienne le « sanctuaire » des fonds d'origine suspecte qu'elle rechigne à être, que, s'agissant tout au moins de la « forme » et de la « motivation » des jugements étrangers, « l'autorité suisse s'abstienne de tout formalisme excessif lorsqu'elle constatera que ces jugements ne sont pas parfaitement conformes aux normes helvétiques »<sup>972</sup>, fait en pareille hypothèse figure de vœux pieux. Le législateur, et à sa suite le Tribunal fédéral, sont allés plus loin : la remise peut avoir lieu sans qu'un juge ait statué sur la culpabilité de l'« inculpé » — une

---

<sup>970</sup> M. HARARI, « Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, p. 201, qui insiste sur « la volonté helvétique de procéder à la remise » — une volonté politique.

<sup>971</sup> A.T.F. 116 Ib, p. 461, consid. 5c.

<sup>972</sup> M. HARARI, « Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, p. 201.

culpabilité qu'apprécient sommairement des autorités administratives, soumises seulement, par la voie du recours de droit public, au contrôle exceptionnel du Tribunal fédéral. Des « garanties » ne sont exigées que dans la perspective d'une procédure à venir, qui échappe à la maîtrise des autorités suisses<sup>973</sup>. L'on ne peut qu'en être surpris, au regard de la circonstance, confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>974</sup>, que la privation de propriété qui résulte de l'instruction pénale procède d'une logique répressive qui ne peut se dispenser du respect des garanties inscrites à l'article 6 de la Convention<sup>975 — 976</sup>.

Sans doute est-ce le prix de la transformation de la répression pénale, désormais orientée *in rem* et non plus *in personam*; du renversement de l'accessoire et du principal... Ce prix serait plus grand encore, souligne M. Harari, si on laissait se développer, en marge des procédures formelles de l'entraide, « les procédures de *sharing* qui aboutissent au partage pragmatique », mais aussi sans garantie juridictionnelle, des fonds saisis entre un « État requérant » et un « État requis »<sup>977</sup>. Ces rôles eux-mêmes, auparavant bien fixés, paraissent se diluer et se confondre, comme en témoigne la technique des « commissions rogatoires croisées » qui fut utilisée dans le cadre des enquêtes « mani pulite ». Pareille confusion des genres, principalement motivée par un souci d'efficacité, n'est pas toujours convaincante — la question se pose avec sérieux de savoir jusqu'où il ne faut pas aller<sup>978</sup>.

<sup>973</sup> J. DUGARD et Ch. VAN DEN WYNGAERT, « Reconciling... », *op. cit.* in 92 A.J.I.L., p. 208.

<sup>974</sup> 9 févr. 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 307-A, § 33.

<sup>975</sup> STESENS, n° 131 et s., pp. 56 et s., et n° 184 et s., pp. 75 et s. — qui critique les arrêts rendus par la même Cour les 24 oct. 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 108, § 65, et 5 mai 1995, *Air Canada c. Royaume-Uni*, Série A, vol. 316, § 52 —, et, à l'égard des mesures provisoires, spéc. n° 726, p. 308.

<sup>976</sup> Sans doute, la restitution ordonnée par le Tribunal fédéral en ses arrêts de décembre 1997 et janvier 1998 est-elle entourée de quelque restriction — la moindre n'étant pas que l'État requérant ne pourra disposer des avoirs restitués qu'au lendemain d'une condamnation, obtenue à la suite d'une procédure satisfaisante sur le plan du respect des droits de la défense et des autres garanties du procès équitable. Il y a là très certainement la marque du souci des autorités helvétiques de respecter les exigences des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, singulièrement du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques seul applicable semble-t-il à la situation de M<sup>me</sup> Marcos et de ses enfants. Toute la question est de savoir à cet égard si elles peuvent se satisfaire de garanties formelles, liées à la circonstance que les Philippines sont partie au Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, ou si des garanties effectives ne sont pas plutôt exigées — garanties effectives qui, en l'espèce, semblent bien absentes, en dehors d'un illusoire contrôle du Conseil fédéral...

<sup>977</sup> M. HARARI, « Remise internationale... », *op. cit.* in *Procédure pénale...*, p. 201.

<sup>978</sup> P. BERNASCONI, « Bankbeziehungen... », *op. cit.* in R.S.D.A., 1995, pp. 69-70.

Quelqu'avancée que paraisse de ce point de vue la position des autorités belges ou suisses — que les autorités américaines ont précédées, à l'occasion du « Marcos Trial » —, l'introduction, sur le territoire de l'État « de refuge », d'une procédure pénale contre l'ancien dictateur *dans le but* d'y confisquer les biens et valeurs provenant de l'infraction — voire, simplement, d'en obtenir le blocage provisoire — recèle un « détournement » de procédure <sup>979</sup> plus important encore que dans la voie de l'entraide internationale. Non seulement les poursuites introduites ne tendent-elles pas au prononcé d'une peine, étant à nouveau *instrumentalisées*, destinées à obtenir un résultat qu'elles ne permettent d'atteindre que médiatement, mais combien périlleuse est la voie choisie pour y parvenir ! Si périlleuse — car, somme toute, à qui pourrait bien « profiter » une condamnation pénale, nécessairement atténuée, prononcée sur le territoire d'un État différent de celui qui se prétend spolié ? — que les risques de « compromis » avec les exigences de la voie pénale, ou de la procédure criminelle, s'en trouvent singulièrement augmentés — sauf à déclarer les poursuites non fondées, comme les autorités américaines l'ont fait à l'égard de M<sup>me</sup> Marcos, ou à les abandonner, comme les autorités belges s'apprêtent semble-t-il à le faire à l'égard de M. Mobutu et de ses acolytes.

Les poursuites pénales directes n'auraient alors servi à rien, sauf à galvauder les législations qui leur servaient de fondement, en dehors de l'élément de pression — certes important et, peut-être, recherché pour lui-même — qu'elles auraient pu, un temps, représenter <sup>980</sup>.

Fallait-il, pour lutter contre la criminalité économique internationale, aller jusque là ? Je ne le crois pas, des prétentions de nature essentiellement — exclusivement — patrimoniales devant trouver leur lieu d'expression dans le cadre traditionnel de la « voie civile » <sup>981</sup> — ce que semble avoir aperçu la République démocratique du Congo qui, devant l'échec apparent du « procès pénal » qu'avaient commencé les autorités

---

<sup>979</sup> *Supra*, note 751.

<sup>980</sup> Et dont témoigne notamment l'utilisation de la technique du *plea bargaining* pour servir les intérêts d'un État « requérant » (*supra*, note 546).

<sup>981</sup> Cf. B. RIDER, *Civilising The Money Launderer. The Use of the Civil Law in Taking the Profit out of Crime*, inédit, 1995, pp. 35.

belges, a porté devant les tribunaux civils les préventions qu'elle pouvait avoir contre la famille Mobutu.

### § 3. — La « voie civile »

Au regard des voies « administrative » et « pénale », la voie « civile », qui correspond à la saisie par les nouvelles autorités gouvernementales de l'État victime de leurs propres tribunaux ou des tribunaux d'États étrangers, sur le territoire desquels l'ancien dirigeant a trouvé refuge ou investi sa fortune, en vue d'obtenir, non l'application d'une peine, mais la réparation — en nature, ou par équivalent — du préjudice subi, présente un caractère subsidiaire. Le qualificatif ne doit pas faire penser qu'elle joue un rôle secondaire. Bien au contraire, s'il a pu exister des procédures de récupération faisant abstraction des voies « administrative » et « pénale », il n'existe — si l'on fait exception de la Suisse, où la voie pénale paraît « obligée », depuis l'entrée en vigueur de l'E.I.M.P.<sup>982</sup> — aucune tentative de récupération qui n'ait donné lieu à des actions judiciaires civiles. Le rôle subsidiaire de la voie civile désigne son caractère résiduel. Renonçant aux prérogatives que lui offre sa qualité de puissance publique — se dépouillant, en quelque manière, de la « toge pourpre de l'imperium »<sup>983</sup> et devenant, pour reprendre une expression utilisée dans le droit des immunités, l'égal d'un simple particulier<sup>984</sup> —, l'État abandonne le projet d'accomplir un acte d'autorité. Il tente, ce faisant, d'échapper à la rigidité des procédures administratives et pénales — dont l'empire est, selon le modèle de la territorialité, traditionnellement confiné au

<sup>982</sup> Par exception, le gouvernement allemand a récemment saisi la justice civile helvétique d'une action tendant à la récupération d'une somme de 500 millions de deutsche Mark que la dirigeante du parti communiste autrichien, M<sup>me</sup> Rodolfine Steindling, aurait entre 1989 et 1993 soustraits à l'une des sociétés, dénommée Novum Handelsgesellschaft, par laquelle l'ex-Allemagne de l'Est commerçait avec l'Occident — et ce, soutient le gouvernement demandeur, avec la complicité d'un établissement bancaire zurichois qui lui-même, aurait depuis lors porté plainte contre sa cliente pour « tromperie » et « blanchissage d'argent »... (*Le Temps*, 17 juin 1998).

<sup>983</sup> J. DEHAUSSY, « Le statut de l'État étranger demandeur sur le for français : Droit international coutumier et droit interne. À propos des arrêts de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 2 mai 1990, République du Guatemala c/ S.I.N.C.A.F. et autres, et 29 mai 1990, État d'Haïti et autres, c/ J.-C. Duvalier et autres », *Clunet*, 1991, p. 113.

<sup>984</sup> Not. PINGEL-LENUZZA, n° 34, pp. 47-48.

territoire de l'État auteur des mesures — et entend profiter de la souplesse qu'offre la voie civile.

## A. — RÈGLES ET DÉCISIONS

La voie civile se structure d'abord autour de la distinction entre *règles* et *décisions* — au sens, décrit par P. Mayer, qu'étant l'une et l'autre des « normes », c'est-à-dire des impératifs juridiques, les premières sont *hypothétiques* — des normes générales et abstraites, qui ont vocation à s'appliquer à une multitude de situations particulières abstraitement regroupées sous la forme d'une « hypothèse », dans laquelle elles se déclarent applicables — et les secondes, *catégoriques* — des normes individuelles, qui s'épuisent dans leur application, c'est-à-dire qui ne trouvent à s'appliquer que dans la situation particulière et concrète pour laquelle elles ont été faites —<sup>985</sup>. Cette distinction ne devrait pas servir à rejoindre l'auteur dans la discussion — centrale dans sa démonstration en cela qu'elle forme le point de départ de ses observations<sup>986</sup> — de savoir si les lois de nationalisation sont des « règles » ou des « décisions ». L'on sait que pour l'auteur, étant des « décisions législatives », elles entrent dans la seconde catégorie<sup>987</sup> — comme, de manière générale, toutes les normes qui échappent à la

---

<sup>985</sup> *La distinction...*, n° 49 et s., pp. 33 et s. Voy. spéc. le n° 68, p. 48, qui contient la définition des décisions : « [l]a structure de toute norme qui n'est pas une règle doit être conforme au schéma suivant : elle ordonne *catégoriquement* que tel effet juridique B se produise, ou ne se produise pas. En effet, en tant qu'elle est une norme, elle impérative. Et en tant qu'elle n'est pas une règle, l'ordre qu'elle promulgue n'est pas rattaché à un présupposé. Nous proposons d'appeler ces normes catégoriques des *décisions* » (souligné par l'auteur lui-même), et, plus loin, le n° 75, p. 53 : « [t]andis que la règle *pose* et *ordonne*, la décision se contente d'*ordonner* » (je souligne). La distinction entre « règles » et « décisions » se répercute dans les relations internationales, sur le plan de la méthode par laquelle les ordres juridiques s'ouvrent aux « valeurs juridiques », pour utiliser un terme plus neutre encore que celui de normes, étrangères : à la catégorie des « règles » correspond la technique du conflit de lois; à celle des « décisions » correspond celle du conflit d'autorités et de juridictions Voy. P. MAYER, *ibid.*, dont les travaux ont été prolongés par Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger*, qui a préféré parler, à propos des « décisions », de la « méthode de la reconnaissance de l'efficacité » (p. 2, note 9).

<sup>986</sup> L'auteur le révèle déjà au n° 4, pp. 3-4, et la préface de H. BATIFFOL, p. VII.

<sup>987</sup> n° 156 et s., pp. 111 et s.

difficulté, propre aux règles, du *conflit de lois*, c'est-à-dire du *choix* de la loi applicable <sup>988</sup>, pour répondre à la méthode de l'« efficacité » <sup>989</sup>.

En l'absence de toute décision de caractère collectif, la situation des chefs d'État déchus éloigne nécessairement des difficultés de méthode auxquelles P. Mayer a hissé la réflexion <sup>990</sup>. Les anciens chefs d'État n'ont jamais été victimes de lois de nationalisation. Les « décisions » ont toujours eu, à leur égard, une portée individuelle. Nul n'a pu en cette matière hésiter sur le point de savoir s'il avait à faire à une « règle » ou une « décision » — ni se méprendre, en conséquence, sur la méthode applicable. Les décisions que le décret prononcé contre Alphonse XIII a inspirées aux juges anglais et italiens en témoignent, les uns et les autres ayant aperçu que c'était par artifice que les banques agissantes prétendaient couler le décret de confiscation espagnol en les formes d'une « loi », c'est-à-dire d'une « règle » susceptible de conflit <sup>991</sup>.

Dénuée des richesses sémantiques que P. Mayer y a introduites, la distinction entre « règles » et « décisions » n'en conserve pas moins une profonde valeur explicative — mais elle est simplement didactique, destinée à rendre compte de la richesse des « voies » de récupération auxquelles les États « spoliés » peuvent avoir recours : de se présenter *directement* devant les juridictions étrangères, pour obtenir d'elles les mesures qui satisfont leurs prétentions — c'est la méthode des « règles » —, ou de prendre eux-mêmes ces mesures, dont ils sollicitent *ensuite* la reconnaissance et l'exécution des autorités ou des juridictions de l'État « de refuge » — c'est celle des « décisions ».

L'on eût pu s'attendre, de ce point de vue, à ce que la voie des décisions fût plus prisee que celle des règles : pourquoi l'État qui s'estime victime de vols ou de détournements voudrait-il « instrumentaliser » les autorités et les juridictions étrangères, alors qu'il dispose d'une maîtrise naturellement plus grande, plus

---

<sup>988</sup> Voy., sur la méthode, les n° 92 et s., pp. 64 et s., et s. les n° 121, p. 89 : « [l]a nécessité de procéder [au] choix est l'élément caractéristique de la méthode applicable aux questions de droit régies par des règles », et 132, p. 96 : « [l]e problème est (...) de savoir si la décision étrangère doit avoir effet en France ou non. *C'est une alternative : il y a lieu, soit à admission, soit à rejet, de la décision* » (souligné par l'auteur lui-même).

<sup>989</sup> n° 138, p. 100.

<sup>990</sup> Spéc. n° 79, pp. 54-55.

<sup>991</sup> *Supra*, note 56.

immédiate de ses propres autorités et juridictions ? Pourquoi préférerait-il s'en remettre, comme un simple justiciable, aux autorités et aux juridictions étrangères — courant le risque d'un débouté que l'on devine, on ne sait trop pourquoi, plus grand que s'il avait comparu devant ses propres autorités ou juridictions ? La pratique internationale montre qu'il n'en est pas ainsi, et que c'est plus volontiers aux autorités et juridictions étrangères qu'à leurs propres tribunaux que les États demandeurs confient la mission de leur rendre justice.

Il y en a sans doute quelque explication psychologique ou mieux encore — puisque les États n'ont pas d'âme — politique. L'expérience des bannissements et des confiscations imposés par des républiques vengeresses au « parti qui a succombé »<sup>992</sup> n'est guère éloignée, qui s'est à ce jour soldée par le refus presque *systématique* des autorités et des juridictions saisies d'entendre les prétentions de l'État demandeur. Or, je l'ai observé ci-dessus, ces mêmes États puisent dans les vols ou les détournements commis par leurs anciens dirigeants le motif de leur faire un procès : l'occasion est trop belle de montrer, par avance, leur « bonne foi », en s'en remettant « humblement » aux juridictions étrangères, plutôt que de leur imposer la décision prise par leurs propres autorités.

Ce n'est là qu'une part de l'explication. Une autre est, elle aussi, parfaitement politique : il arrive — ce fut le cas aux Philippines, au lendemain du renversement de M. Marcos — que pour prévenir tout danger de déstabilisation, les nouvelles autorités entendent se garder de donner à d'anciens *leaders* l'image de victimes. Mieux vaut en pareille hypothèse les tenir éloignés du pays, en un lieu d'exil supposé paradisiaque qu'ils sont censés avoir choisi. Cette autre part de l'explication dévoile une dernière, qui, pour être d'une certaine manière politique elle aussi, relève d'une nécessité toute contingente. L'ancien chef d'État qui a trouvé refuge à l'étranger n'est le plus souvent guère animé d'un esprit, ou du moins, d'un espoir de retour. Il craint la cabale d'un régime hostile. La « voie » des décisions est pour ce motif presque instantanément condamnée à l'échec : les condamnations qui pourraient être prononcées, fût-ce par une autorité juridictionnelle dotée des apparences de l'indépendance et de

<sup>992</sup> M. B. A. WORTLEY, « Problèmes... », *op. cit.* in *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 67, 1939, I, p. 401.



l'impartialité, le seront nécessairement par défaut. Et, même lorsqu'il aura été régulièrement convoqué — ce qui supposera quelque collaboration minimale des autorités de l'État sur le territoire duquel il aura trouvé refuge —, il aura beau jeu d'opposer cette contrainte psychologique à la reconnaissance et à l'exécution de la condamnation prononcée contre lui. La condition du respect des droits de la défense sera toujours, par nécessité, méconnue, comme l'ont en Suisse et aux États-Unis montré les décisions rendues dans l'affaire Pahlavi <sup>993</sup>.

Aussi les États « spoliés » préfèrent-ils faire peser sur les autorités et les juridictions des États « de refuge » la charge du respect des garanties du procès impartial et équitable dont la méconnaissance risquerait de leur être trop aisément reprochée... Il n'est à cet égard pas peu paradoxal que, dans un pays si attaché à la défense des libertés individuelles que la Suisse, la voie de l'entraide internationale en matière pénale s'accompagne aujourd'hui de garanties procédurales moins étendues que celles qui seraient requises à l'*exequatur* d'une condamnation étrangère en matière civile pour le motif, déjà évoqué, que la voie pénale s'est trouvée « détournée de sa fin ».

## B. — COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET LOI APPLICABLE

Le choix de la voie des « règles » devrait quoiqu'il en soit conduire à la distinction entre les deux questions traditionnelles de la « compétence judiciaire » et de la « loi applicable ». Les actions introduites contre d'anciens chefs d'État ne présentent de ce double point de vue guère d'originalité au regard de tout autre contentieux civil international. Elles révèlent, sur le premier plan, une double distinction — la première entre les systèmes juridiques de *common law*, dans lesquels l'appréciation de la compétence judiciaire est abandonnée à la discrétion du juge, et les systèmes de *civil law*, dans lesquels cette compétence s'apprécie à la lumière d'un catalogue préétabli de

---

<sup>993</sup> *Supra*, notes 96 et 170.

chefs de compétence limitativement énumérés<sup>994</sup>; la seconde entre la compétence d'ordonner des mesures provisoires et la compétence au fond.

# I. — LE CONTENTIEUX PROVISOIRE

Ce dernier aspect est sans doute le plus remarquable. La mobilité et la dispersion des avoirs recherchés — que les défendeurs, a souligné la *Court of Appeal* en la cause Duvalier, montrent une ingéniosité particulière à soustraire à l'action des autorités de justice<sup>995</sup> —, autant que l'« instrumentalisation » du droit, devenu lui-même un instrument de force; un instrument de pouvoir, pour forcer la conclusion d'une transaction, font de la récupération des sommes détournées par d'anciens chefs d'État un champ d'éclosion particulièrement fertile du contentieux provisoire. Les *worldwide injunctions* prononcées aux États-Unis et en Angleterre envers les ex-présidents Marcos et Duvalier en ont offert une singulière illustration<sup>996</sup>. L'on aurait tort de voir là quelque originalité. Tout qui s'intéresse, du point de vue du contentieux provisoire, à la récupération des sommes détournées par d'anciens dictateurs, ne peut qu'y retrouver les grands traits d'une matière où s'observe, en raison de leurs pouvoirs considérables et de leur imagination indéfectible, un glissement *préférentiel* — une « fuite » — du contentieux vers les juges des pays anglo-saxons<sup>997</sup> : le caractère obligatoire, lié à la menace du *contempt of court*; la portée extraterritoriale, obtenue par la magie de la *jurisdiction in personam*; l'autonomie à l'égard du contentieux principal, qu'autorise l'article 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

<sup>994</sup> Not. M. FALLON, « L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale », *Ann. dr.*, 1994, pp. 373 et s.; J. J. FAWCETT, « General Report », in J. J. FAWCETT (ed.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress of the International Academy of Comparative Law, Athens, August 1994, Oxford; Clarendon Press, 1995, pp. 1 et s.

<sup>995</sup> « What to my mind is determinative is the plain and admitted intention of the defendants to move their assets out of the reach of the courts of law, coupled with the resources they have obtained and the skill they have hitherto shown in doing that, and the vast amount of money involved » ([1990] 1. Q.B., p. 217).

<sup>996</sup> *Supra*, notes 581 et s., et 838 et s.

<sup>997</sup> Cf. H. MUIR WATT, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la *Court of Appeal*, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*) », *Rev. crit.*, 1998, p. 44, et la note 60, p. 50. La même observation est faite, dans le cadre européen, par O. MERKT, n° 108, p. 46, où l'auteur s'interroge sur l'avenir des *Mareva injunctions*.

a) Force obligatoire

Le premier mystère des mesures provisoires, qui n'intéresse pas à proprement parler une étude de droit international privé, et dont on trouve la manifestation la plus éclatante dans la compétence des juridictions internationales, réside dans une *force obligatoire* dont ne peuvent se targuer les mesures de fond. Le motif, en droit international, s'en trouve sans doute, dans un système où la justice n'est, à de rares exceptions près, pas obligatoire, dans une sorte de devoir de bonne foi, qui oblige au respect des mesures par lesquelles le juge ordonne le contentieux qui lui est soumis. Il doit s'en trouver quelque trace dans les ordres juridiques internes, dans lesquels les parties ont depuis longtemps troqué — c'est le contrat social — la justice privée contre la compétence obligatoire du juge. Pareil caractère obligatoire d'une première ordonnance du litige explique qu'à maints égards les mesures provisoires portent davantage qu'elles n'en ont l'ambition. Originellement articulées, selon la classification proposée par M. Tarzia <sup>998</sup>, à la *prévision* d'une décision au fond dont elles tendent, le plus souvent, à garantir l'exécution, elles deviennent l'occasion d'un règlement *anticipé* du litige. Le succès du référé-provision en offre en droit français la démonstration. Dans les relations internationales, où le droit est volontiers utilisé dans la perspective d'un rapport de forces — entre les États eux-mêmes, mais aussi entre les justiciables privés —, la traduction en est à maints égards plus sommaire, dans des conflits de mesures provisoires dont l'élément de contrainte n'est nullement absent — ce qui expliquera, pour venir au secours de leurs destinataires, le succès de leur prise en considération au titre de fait du prince étranger —, dont la solution se trouve le plus souvent dans des négociations internationales entre États <sup>999</sup>.

<sup>998</sup> « Les mesures provisoires dans les pays de la C.E.E. », *Ann. dr.*, 1996, pp. 164 à 166.

<sup>999</sup> On trouve à cet égard dans COLLINS, pp. 128 et s., un résumé fort autorisé des affaires *Securities and Exchange Commission v. Wang & Lee* et *Laker Airways*.

## b) Portée territoriale

Le deuxième mystère des mesures provisoires est dans l'étendue de leur domaine d'application territorial. Les juges anglo-saxons réalisent à cet égard, de longue date, des « prodiges » dont leurs collègues des pays occidentaux, plus enclins — sauf lorsqu'il s'agit de saisies-arrêts<sup>1000</sup> — à demeurer dans les limites d'une stricte territorialité, ne se sont à ce jour guère montrés capables<sup>1001</sup>. La raison en est on le sait contingente. Elle tient, et c'est paradoxal, dans l'infirmité originelle du système des *remedies* de la *common law* — l'absence de saisie conservatoire —, qui a conduit les juges anglais à développer, selon le mot de M<sup>me</sup> Muir Watt, « un succédané » ou un « ersatz » de la contrainte sur les avoirs du défendeur, « sous la forme d'une injonction adressée personnellement à ce dernier de ne pas déplacer des biens dans l'attente du jugement »<sup>1002</sup>. « Or », poursuit cet auteur, « l'apparente faiblesse d'une telle mesure, à savoir le défaut d'effet direct sur les avoirs visés, constitue, dans l'ordre international, la clé (...) de son formidable essor : visant le défendeur *in personam*, elle peut être ordonnée même lorsque les biens de ce dernier sont situés en dehors du ressort du

<sup>1000</sup> Cf. Cass. fr., ch. com., 30 mai 1985, *Compagnie Tunisienne de Navigation*, *Rev. crit.*, 1986, p. 329, note BATIFFOL.

<sup>1001</sup> Voy. toutefois les décisions françaises en cause dans les affaires *De Cavel c. De Cavel* et *Denilauler c. Couchet Frères* (resp. aff. 143/78 du 27 mars 1979, *Rec.*, 1979, p. 1055 et 125/79 du 21 mai 1980, *ibid.*, 1980, p. 1553).

<sup>1002</sup> « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 29. L'« invention » des *Mareva injunctions* remonte à deux arrêts de la *Court of Appeal* de 1975 qui, comblant une lacune dans le système des « remedies » de la *common law*, ont, en faisant interdiction à un défendeur de nationalité étrangère de « remove his assets from the jurisdiction », permis *de facto* l'« attachment pending judgment » de ces avoirs (*Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 1 W.L.R. 1093, C.A., et *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A. International Bulkcarriers S.A., The Mareva*, [1980] 1 All E.R. 213, note; [1975] 2 Lloyd's Rep. 509, C.A.). La pratique des *Mareva injunctions* a ensuite été étendue à l'interdiction faite au défendeur de « dissiper » ses avoirs (*Rahman (Prince Abdul) bin Turki al Sudairy v. Abu-Taha*, [1980] 1 W.L.R. 1268, C.A.). Elle a trouvé sa consécration légale dans la section 37 (3) du *Supreme Court Act 1981*, qui précise qu'une telle *injunction* peut être imposée, que le défendeur soit ou non domicilié, résident ou présent « within the jurisdiction ». Dans la pratique, l'efficacité des *Mareva injunctions* est renforcée d'une part par le fait qu'elles sont le plus souvent accompagnées d'*ancillary orders*, faisant notamment obligation au défendeur de « disclose » les documents et informations dont il dispose concernant ses biens, et d'autre part par la circonstance qu'une tierce partie qui se rendrait complice de la violation par le défendeur de l'ordre de la Cour, par exemple en l'assistant à dissimuler ou à dilapider ses avoirs, est coupable de *contempt of court* (COLLINS, pp. 112 à 114).

for »<sup>1003</sup>. « Ce qui » — c'est ainsi du moins que le perçoivent les juristes continentaux — « ne saurait être obtenu directement en raison du phénomène de la frontière », « l'est ainsi indirectement »<sup>1004</sup>. Les *Mareva injunctions* peuvent « atteindre » par le biais indirect du commandement personnel, des biens situés à l'étranger, et même, dans le monde entier — inspirant, selon le mot de M. Merkt, « un mélange de fascination et d'effroi aux nombreux commentateurs continentaux qui se sont intéressés à cette institution »<sup>1005</sup>.

Car reste, souligne M<sup>me</sup> Muir Watt, la question des « limites » — celle du « licite »<sup>1006</sup>. « Tenant lieu de saisie conservatoire, l'injonction de faire portant sur les avoirs du défendeur ignore les restrictions qu[e] [le phénomène de la frontière] impose (...) à l'exercice international du pouvoir coercitif pour déployer sans encombre un effet extraterritorial »<sup>1007</sup>. L'on conçoit que maints auteurs s'en sont offusqués — la plupart jugeant, sur la foi des observations faites, dès 1964, par M. Mann<sup>1008</sup>, les *injunctions* « extraterritoriales » contraires au partage des souverainetés que le droit international organise sur une base territoriale. La pratique relative à la récupération

<sup>1003</sup> « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 29. Voy., sur cette question, L. COLLINS, « The Territorial Reach... », *op. cit.* in [1989] 105 L.Q.R., pp. 261 et s. Cet auteur rapporte qu'au départ, la portée territoriale des *Mareva injunctions* était limitée aux avoirs se trouvant « within the jurisdiction » — c'est ce que le Parlement avait eu en vue en adoptant section 37 (3) du *Supreme Court Act 1981*, qui a donné à la pratique des *Mareva injunctions* sa consécration légale. La *Court of Appeal* avait expressément refusé d'octroyer, à l'appui du gel des avoirs situés au Royaume-Uni, un « ancillary order for disclosure » relatif aux biens situés tant dans ce pays qu'à l'étranger, pour le double motif qu'« [i]t could be oppressive to the defendant if an order of an English court resulted in application for seizure of his assets in other jurisdiction » et que « [i]t is difficult for the English courts to control enforcement proceedings in other jurisdictions » (*Ashtiani v. Kashi*, [1987] Q.B. 888; [1986] 2 All E.R. 970, C.A.). Au moment cependant où l'État haïtien saisit la *Commercial Court* londonienne, un arrêt rendu par la même Cour, dans une affaire intéressant un « post-judgment restraint », avait, selon les termes de l'arrêt *Duvalier* ([1990] 1 Q.B., p. 215), « extensively reviewed » la question de la portée territoriale des *Mareva injunctions*. La Cour y avait décidé que pareilles *injunctions* pouvaient être ordonnées « in relation to assets abroad », et même « worldwide » (*Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne*, [1990] Ch. 13; [1989] 1 All E.R. 433; [1989] 2 W.L.R. 232; [1988] 2 Lloyd's Rep. 435, [1988] N.L.J.R. 203, C.A., réformant le jugement de première instance, qui s'était référé, à titre de précédent, à la décision rendue dans *Ashtiani v. Kashi* ([1988] 2 F.T.L.R. 116)). Le motif en est demeuré célèbre — inspirant la *Court of Appeal* dans l'affaire *Duvalier* : « some situations, which are nowadays by no means uncommon, cry out — as a matter of justice to plaintiffs — for disclosure orders and *Mareva* type injunctions covering foreign assets of defendants » (*per* Kerr, L.J., [1990] Ch., p. 33, reproduit dans [1990] 1 Q.B., p. 217).

<sup>1004</sup> « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 29, qui, aux pp. 29 à 31, rapproche ce phénomène de « substitution » de l'évolution de l'exécution forcée des obligations de faire en droit interne comparé.

<sup>1005</sup> n° 100, p. 43.

<sup>1006</sup> « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, pp. 40 et s.

<sup>1007</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>1008</sup> « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 111, 1964, III, p. 146.

des sommes détournées par d'anciens chefs d'État ne permet pas, *a priori*, de juger du bien-fondé de ces critiques. À nul moment les États n'ont poursuivi à l'étranger l'exécution des *injunctions* qu'ils avaient obtenues — moins par négligence que par ignorance des fors devant lesquels il fallait agir, voire simplement des agissements qui leur étaient contraires <sup>1009</sup>. Il est permis cependant de les rencontrer en quelques lignes — se réservant d'y revenir dans la suite de l'étude.

Ces critiques se laissent aisément comprendre : usant de son pouvoir d'injonction « *in personam* », le juge anglo-saxon élude le *test* de la « compétence indirecte » auquel la procédure d'*exequatur* aurait invité le juge du pays « destinataire », et qui lui aurait permis de censurer l'« abus de souveraineté » dont son collègue étranger se serait, à son estime, rendu coupable <sup>1010</sup>. Les mesures prises sont immédiatement efficaces; elles n'ont pas besoin de l'*exequatur* pour sortir leur « effet » de contrainte. Voilà la source de l'« irritation » ou de la « vexation » qu'elles inspirent — « irritation » ou « vexation » que les juges anglo-saxons s'efforcent, par quelque *self restraint*, de contenir en assortissant leurs commandements de diverses restrictions, comme la célèbre *Babanaft proviso* qui fait échapper les tiers n'ayant pas leur domicile ou leur siège social dans le ressort de la juridiction à la sanction du *contempt of court* <sup>1011</sup>.

Il se conçoit que tout ait été entrepris pour imposer *a priori* aux juges anglo-saxons le respect de limites dont le dépassement ne pourrait être sanctionné *a posteriori* — M<sup>me</sup> Muir Watt s'y est employée, qui a vu dans l'exigence d'un « rattachement juridictionnel adéquat » le critère de l'« abus de souveraineté » que M. Mann avait situé, en 1964, dans la méconnaissance du principe de « territorialité » <sup>1012</sup>. La question de la « portée extraterritoriale » des *Mareva injunctions* n'est ainsi qu'une manifestation de ce débat qui tourne, pour éviter le chaos qui résulterait de l'exercice anarchique des

<sup>1009</sup> Ces raisons s'ajoutent à celles énumérées par COLLINS, pp. 121 à 123.

<sup>1010</sup> L'expression est, à nouveau, empruntée à H. MUIR WATT, « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 42.

<sup>1011</sup> COLLINS, pp. 117 et s.

<sup>1012</sup> « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, pp. 40 et s. C'est à des conclusions semblables que parvient L. COLLINS, « The Territorial Reach... », *op. cit.* in [1989] 105 L.Q.R., pp. 261 et s., qui juge « to the very edge of what is permissible » le pouvoir que la Cour s'est octroyé au seul vu de la présence à Londres des *solicitors* de la famille Duvalier (*ibid.*, p. 281).

compétences étatiques, autour de l'existence de règles de droit international public partageant *a priori* les compétences normatives des États.

Sur ce plan, la réflexion de M<sup>me</sup> Muir Watt représente un progrès considérable au regard de celle de M. Mann, puisque, prenant acte que l'«extraterritorialité» en cause « est celle non de la mesure de contrainte, mais de l'acte dont l'accomplissement est (...) requis », c'est des critères de la compétence *in personam* elle-même que cet auteur s'est mis à la recherche — admettant que la territorialité de la coercition directe ne suffisait pas à clore la discussion <sup>1013</sup>. Mais le progrès accompli se révèle du même coup bien illusoire, car, j'y reviendrai, il n'y a *en principe* pas de normes de droit international qui répartissent *a priori* les compétences normatives entre État — en dehors, précisément, du partage territorial du pouvoir de contrainte. Peut-être M. Mann l'avait-il aperçu, qui, pour en fonder la censure, a rattaché à ce partage territorial ce qui, manifestement, n'en relevait pas.

L'erreur des auteurs qu'interpelle la portée extraterritoriale des *Mareva injunctions* est sans doute d'avoir situé sur le plan du droit une question que les juges anglo-saxons eux-mêmes placent sur le plan de la simple opportunité, fût-elle déguisée sous les apparences ambiguës de la « comity among nations ». Une chose est, en effet, pour le juge de prendre acte qu'un commandement « extraterritorial » procéderait d'un « chauvinisme » difficilement acceptable par les autres nations <sup>1014</sup> — et, pour ce motif, par une sorte de *judicial restraint*, de s'en abstenir; une autre, de constater que pareil commandement serait contraire aux règles de droit international — ce qu'aucun juge anglo-saxon, même réticent à étendre son pouvoir de juridiction, ne s'est à ce jour aventuré à faire <sup>1015</sup>. Les choses, du même coup, s'éclairent. Ce n'est pas, comme l'a aperçu M. Fallon <sup>1016</sup>, sur le plan de la compétence judiciaire, mais sur celui du fond qu'il y a lieu de placer la question de la portée territoriale des commandements

<sup>1013</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>1014</sup> *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (No. 6)*, [1990] 1 W.L.R. 1139, C.A., ici, p. 1153, *per* Staughton, L.J.

<sup>1015</sup> Cf. les termes mesurés du juge Hoffmann dans *MacKinnon v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Co.*, [1986] Ch. 482, [1986] 1 All E.R. 653, et [1986] 2 W.L.R. 453, ici, [1986] Ch., p. 493.

<sup>1016</sup> « Le référé international en matière civile et commerciale », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 54.

judiciaire provisoires. La question n'est pas de savoir en effet si le juge du for est « compétent » pour prendre la mesure, mais si cette mesure est justifiée, au regard notamment de la condition de l'« urgence » qui subordonne en maintes occurrences l'intervention du juge du provisoire <sup>1017</sup>. C'est en ces termes que s'analyse la décision rendue par la *Court of Appeal* en la cause Duvalier — le juge Staughton ayant pris soin de s'assurer, dans l'exercice de sa « discrétion », que les circonstances de la cause justifiaient la mesure qui lui était demandée — pour conclure, on l'a vu, que « [t]his case demands international co-operation between all nations » <sup>1018</sup>. La « licéité » des *anti-suit injunctions*, qui « opèrent » elles aussi *in personam* <sup>1019</sup>, se laisse analyser dans des termes identiques. Les doutes récemment exprimés, à leur rencontre, par le *Privy Council* <sup>1020</sup> et la Chambre des Lords <sup>1021</sup>, relèvent de l'opportunité; ils expriment quelque compassion à l'égard de l'« exasperation and anger of a judge who believe[s] that his jurisdiction [is] being invaded by a foreign court » <sup>1022</sup>. La *comity* dont il y est question ne désigne pas quelque commandement obligatoire du droit international public.

Il peut en résulter un conflit de commandements qui se résout généralement, en chaque for saisi, au profit de la mesure nationale. Mais le droit n'y peut rien — en

---

<sup>1017</sup> « Dans l'appréciation du bien-fondé de la demande », écrit encore M. FALLON, « le juge peut (...) être amené à tenir compte spécialement, lors de l'évaluation des biens du débiteur susceptibles d'intéresser le créancier et, partant, susceptibles d'une mesure provisoire, de la localisation de tels biens dans le for en proportion de l'ensemble des biens localisés à l'étranger. En matière de saisies particulièrement, cette localisation peut justifier une intervention rapide du juge, dans la crainte de voir ces biens échapper à l'emprise du créancier sur le territoire du for ou de rendre leur récupération plus difficile une fois qu'ils auront été déplacés à l'étranger. Il appartient au juge, lors de l'appréciation de la célérité — ou de l'urgence, en matière de référé —, d'apprécier cette situation avec prudence, en évitant d'avantager un plaideur tirant parti d'une localisation précaire, par exemple d'une chose en transit, pour obtenir contre le défendeur la satisfaction de droits qu'il eût pu obtenir devant le juge étranger « normalement » compétent » (*ibid.*, pp. 86-87, notes omises).

<sup>1018</sup> [1990] 1 Q.B., p. 217.

<sup>1019</sup> *Lord Portarlington v. Soulby*, [1834] 3 My & K. 104 — dont les attendus principaux figurent dans COLLINS, pp. 138-139; *Settlement Corp. v. Hochschild*, [1966] Ch. 10, [1965] 3 All E.R. 486, [1965] 3 W.L.R. 1150.

<sup>1020</sup> *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871, [1987] 3 All E.R. 510, [1987] 3 W.L.R. 59, P.C.

<sup>1021</sup> *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij De Zeven provinciën N.V.*, [1987] A.C. 24, [1986] 3 All E.R. 487, [1986] 3 W.L.R. 398, [1986] 2 Lloyd's Rep. 17, [1986] N.L.J.R. 751, H.L.

<sup>1022</sup> COLLINS, p. 144, qui cite *Laker Airways Ltd. v. Pan American Airways*, 559 F. Supp. 1124 (D.D.C. 1983), *aff'd sub nom Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Circ. 1984), *ici* 559 F. Supp., p. 1128.



dehors d'une éventuelle prise en considération du commandement émanant de l'ordre juridique étranger à titre de fait du prince <sup>1023</sup>.

c) Autonomie à l'égard du contentieux principal

Le troisième mystère des mesures provisoires est dans le rapport qu'elles entretiennent avec la compétence judiciaire au fond. Les actions introduites contre d'anciens chefs d'État parcourent de ce point de vue toute la gamme des « modèles » qui ordonnent l'une à l'autre la compétence provisoire et la compétence au fond — de l'attraction de l'une par l'autre à leur indépendance complète, que réalise par exemple l'article 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano <sup>1024</sup>.

Du premier modèle, qui se rattache au *forum arresti* introduit en France par l'arrêt *Nassibian* <sup>1025</sup>, et depuis lors abandonné <sup>1026</sup>, la mise sous séquestre par la République islamique du chalet que l'ex-shah d'Iran possédait à Saint-Moritz a offert un exemple <sup>1027</sup>. L'on a vu que le droit suisse a depuis évolué, pour généraliser, au moins partiellement, à l'égard de tout défendeur l'exigence de *Binnenbeziehung* à laquelle, pour des raisons tenant *en fait* à leurs immunités <sup>1028</sup>, le Tribunal fédéral avait suspendu l'exercice de ce chef de compétence à l'égard des États étrangers <sup>1029</sup>. Il s'agit d'une (nouvelle) marque de la défaveur avec laquelle est aujourd'hui considéré le *forum*

<sup>1023</sup> C'est à la prise en considération que revient H. MUIR WATT, « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, pp. 48-49.

<sup>1024</sup> O. MERKT, n° 259 et s., pp. 104 et s.; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », *Rev. crit.*, 1996, pp. 397 et s., spéc., pp. 416 et s.

<sup>1025</sup> 1<sup>re</sup> ch. civ., 6 nov. 1979, *Dame Nassibian c. Nassibian*, *Rev. crit.*, 1980, p. 588, note COUCHEZ, égal. publ. dans *Clunet*, 1980, p. 95, rapp. A. PONSARD.

<sup>1026</sup> *Id.*, 17 janv. 1995, *Méridien Breckwoldt et cie c. soc. Cobenam et autres*, *J.C.P.*, 1995, II, n° 22430, note MUIR WATT, qui conclut à l'abandon du principe, égal. publ. dans *Rev. crit.*, 1996, p. 133, note LEQUETTE, dont la conclusion est inverse; 11 avr. 1997, *Soc. Strojexport*, in *Grands arrêts*, 3<sup>e</sup> éd., n° 60, p. 479.

<sup>1027</sup> *Supra*, note 94.

<sup>1028</sup> COSNARD, pp. 153 à 155. L'absorption des règles d'immunités dans la détermination de la compétence judiciaire internationale est au service de la « disparition » du droit des immunités dont cet auteur entend faire la démonstration — ce droit, souligne-t-il dès l'abord, ne pouvant avoir de sens qu'en dehors des règles classiques de conflit de juridiction (cf. le compte-rendu de H. MUIR WATT, *Rev. crit.*, 1997, pp. 204-205).

<sup>1029</sup> *Supra*, note 93.

*arresti* et, plus encore, le *forum patrimonii* <sup>1030</sup>. Je me garderai d'y voir la trace de quelque déférence des juges à l'égard d'un principe de « rattachement juridictionnel adéquat » que contiendrait l'ordre juridique international <sup>1031</sup>, estimant plutôt, avec M. Lequette, que la question relève d'une « politique juridique générale » <sup>1032</sup> — de la manière dont les juges conçoivent, dans la détermination de leur compétence internationale, l'office juridictionnel <sup>1033</sup>.

Le second modèle, de l'autonomie réciproque des contentieux, a trouvé dans la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État une illustration plus remarquable encore. Saisie de la demande formée par la République d'Haïti contre son ex-président Duvalier, la *Court of Appeal* a vu en effet dans l'article 24 de la Convention de Bruxelles le motif de prononcer une *Marvea injunction* alors même qu'elle n'était pas saisie au fond <sup>1034</sup> — rendant ainsi une décision, insistant sur les nécessités de la « international co-operation between all nations » — dont von Bar avait préfiguré les termes près d'un siècle auparavant <sup>1035</sup>.

<sup>1030</sup> Not. BGH, 2 juill. 1991, *N.J.W.*, 1991, p. 3092, égal. rapp. dans [1992] 41 *I.C.L.Q.*, p. 632.

<sup>1031</sup> Comp. H. MUIR WATT, « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 41, note 36, qui relève au contraire que « [p]areille restriction de la compétence internationale française fondée sur le *forum arresti* va dans le sens de l'argumentation » qu'elle développe.

<sup>1032</sup> Obs. citées in *Rev. crit.*, 1995, p. 138 — et, plus encore, p. 140, où l'auteur observe que la prétendue disparition du *forum arresti* est liée aux craintes des juges français d'avoir à connaître, « au seul hasard d'une relâche » (M. RÉMOND-GOULLAUD, *Droit maritime*, n° 301, p. 167), « d'un contentieux sensible et embarrassant dans lequel pourraient notamment être impliqués (...) des États étrangers ».

<sup>1033</sup> Voy. O. MERKT, n° 245-246, pp. 98-99. Se référant aux travaux de A. T. VON MEHREN (« Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated », *Boston Un. L. Rev.* 279 (1983), pp. 279 à 340), cet auteur note que le règlement de la compétence internationale reflète la tension qui oppose deux « approches différentes de la justice » : elle est à la fois un « service public » — conduisant les tribunaux, sur la base du principe d'autonomie, à « ouvrir largement leur porte aux litiges qui ne présentent qu'un lien relativement lâche avec le for » —, et « un des modes d'exercice de la souveraineté des États » — ce qui les conduit « aussi bien [à] affirmer leur autorité dans les affaires qui les touchent de près [qu'à] s'abstenir d'intervenir dans les matières qui relèvent de la souveraineté d'autres États ».

<sup>1034</sup> Voy. récemment *Crédit Suisse Fides Trust S.A. v. Cuoghi*, [1997] 3 *All E.R.* 724, *C.A.*, dont un résumé figure dans *Rev. crit.*, 1998, p. 49 — avec l'ample commentaire de H. MUIR WATT, pp. 27 à 49, spéc. pp. 34-35.

<sup>1035</sup> Ayant posé que la règle du *forum patrimonii* aménagée par l'article 23 du *Zivilprozessordnung* puisait son fondement dans « eine[s] völlige[n] Mißtrauen[s] in die Justiz anderer Staaten und auf dem Bestreben, in einseitiger Weise möglichst viele Streitsachen, bei denen Inländer beteiligt sein können, willkürlich der eigenen Jurisdiktion zu vindizieren und sie demjenigen gerichte zu entreißen, das naturgemäß die Entscheidungsgewalt (...) haben sollte », au point que « [e]s erscheint daher richtig, einem solchen gerichtstande die internationale Anerkennung zu versagen », cet auteur plaide, en sens contraire, en faveur de la compétence d'adopter des mesures provisoires « als solche », en dépit de l'absence de compétence au fond, ce qui revenait en fait, souligne COLLINS (p. 44), à plaider en faveur des mesures provisoires adoptées « in aid of proceedings in foreign countries », « adopted *ex necessitate* to meet emergencies, and not unfrequently (...) dictated by the voice of humanity, e.g. arrestment to prevent an unscrupulous debtor from making away with the property (...) » (« (...) Sie sind notsachen, nicht selten

\*  
\* \*

Pour avoir offert une singulière illustration du succès que connaît aujourd'hui le contentieux international provisoire, la récupération à l'étranger des sommes détournées par d'anciens chefs d'État n'y a cependant rien apporté de nouveau, et je m'autorise dès lors à le délaissier.

## II. — LA LOI APPLICABLE

Pas davantage n'apporte-t-elle d'enseignement proprement novateur sur le plan de la loi applicable — ni en ce qui concerne la loi applicable aux mesures provisoires, ni même en ce qui concerne la loi applicable au fond. Sur le premier de ces plans — et bien qu'il n'y ait *a priori* guère de raisons pour lesquelles le juge du provisoire ne pourrait faire application d'une loi étrangère <sup>1036</sup>, je n'ai connaissance d'aucune décision rendue dans la matière que j'étudie qui se soit écartée de la confusion des compétences législative et judiciaire (ou de l'absorption du conflit de lois par le conflit de juridictions) née sous l'empire du principe de la territorialité de la contrainte qui, au provisoire, fait figure de *postulat* <sup>1037</sup>. Sur le second, et d'une façon qui n'est qu'à première vue surprenante, les États ne semblent guère avoir rechigné à se prévaloir devant les juges étrangers de la loi du tribunal saisi tout autant, et même, de préférence à leur loi nationale — à l'exemple de la République d'Haïti, qui, à l'appui de l'action tendant à la revendication d'un compte bancaire ouvert au nom de M<sup>me</sup> Duvalier

---

Maßregeln dictiert durch das gebot der menschlichkeit, s.B. die Verhängung eines Arrestes, damit nicht ein schlechter Schuldner den Gläubiger um die Forderung bringe (...) » (*Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, 2<sup>e</sup> éd., Hanovre, 1889, réédité en 1966, t. II, n° 419-420, pp. 433-434).

<sup>1036</sup> Singulièrement à l'occasion de l'évaluation des « chances de succès de l'action au fond » (O. MERKT, n° 396, p. 159; M. FALLON, « Le référé international... », *op. cit.* in *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 87; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, obs. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 16 avr. 1996, *Rev. crit.*, 1997, pp. 717 et s.).

<sup>1037</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1996, pp. 397 et s., spéc. pp. 400 et s. Comp. H. MUIR WATT, « Extraterritorialité... », *op. cit.* in *Rev. crit.*, 1998, p. 37, qui note que « [l']essor, en droit international privé comparé, des injonctions judiciaires tendant à obtenir l'accomplissement d'actes à l'étranger, exige de procéder à l'ajustement de certaines solutions admises sur le fondement du principe de la territorialité de la contrainte. *Le lien noué, sous l'empire de celui-ci, entre conflits de lois et conflits de juridictions, se relâche* » (*ibid.*, je souligne).

auprès d'une banque new-yorkaise, s'est indifféremment prévalu de sa loi nationale et de la loi new-yorkaise <sup>1038</sup>.

L'on n'obtient pas plus de précision sur le titre de ces différentes lois à s'appliquer, alors même qu'on eût pu s'attendre à quelque éclaircissement sur le champ d'application de la *lex rei sitae* ou de la *lex loci delicti*. L'on est souvent déçu — en Suisse par exemple, c'est de l'accord des parties et au titre de « droit de substitution » que les juges cantonaux ont soumis les prétentions que la Banque Markazi formait contre les héritiers de l'ex-shah au Code suisse des obligations <sup>1039</sup>. Seule la question de la prescription de l'action introduite par la République des Philippines contre la Westinghouse et la Burns & Roe a suscité, de ce point de vue, quelque difficulté — une approche fondée sur la « governmental interest analysis » ayant conduit la Cour de district du New Jersey à conclure à l'application du droit philippin, pour le motif que « the Philippines has the primary policy interest in deterrence » <sup>1040</sup>.

La raison de cette indifférence relative aux questions de la loi applicable est peut-être que, comme l'a aperçu M. Collins, « [i]n every country, theft and embezzlement is not only a crime, but gives the true owner a right to recover the stolen assets » <sup>1041</sup> — une relative convergence des solutions substantielles rendant moins aiguë la question du choix d'une loi applicable. Mais, plus fondamentalement, le droit mis en cause fut toujours, je vais y revenir, celui de la responsabilité — l'État « revendiquant » recherchant une réparation en nature ou par équivalent, sous la forme de dommages et intérêts, d'une « faute » commise. Or la référence à cette notion confère une place irréductible au droit de l'État demandeur : celui-ci doit être minimalement *pris en considération* par le juge du for. Il offre, dans ses dispositions qui séparent le patrimoine de l'État de celui de son dirigeant, et règlent le comportement de celui-ci dans l'exercice du pouvoir, le « standard de comportement » à l'aune duquel s'apprécie l'existence d'une faute — que les conditions dans lesquelles celle-ci engage la

<sup>1038</sup> 626 N.Y.S.2d, p. 473.

<sup>1039</sup> Arrêt 4C.87/1994, pp. 4-5, consid. 2.

<sup>1040</sup> 774 F. Supp., p. 1450.

<sup>1041</sup> « Recovery... », *op. cit.* in *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, p. 229.

responsabilité de son auteur soient par ailleurs soumises à la *lex fori*, au droit de l'État demandeur ou à toute autre « loi applicable ».

Ce caractère incontournable du droit étranger rend assez vain tout appesantissement sur la loi applicable. Dès l'instant que les normes en cause relèvent du « droit public », il concentre la difficulté en amont d'un examen au fond — sur le plan, auquel la Cour de cassation de France a placé la discussion en son arrêt Duvalier, du « pouvoir » des juges saisis, c'est-à-dire de leur « aptitude » — ou, pour reprendre un vocabulaire moins neutre — de l'« habilitation » qui leur est donnée de connaître du litige porté devant eux — en un plan où « s'écrasent » les difficultés; à la « surface » ou aux « frontières » du droit.

### SECTION 3. — Concentration des difficultés à la « surface » du droit

#### § 1<sup>er</sup>. — *Optique choisie dans la suite de l'étude*

Je pourrais gloser longtemps encore sur le « contenu » du discours juridique. Je me mettrais plus avant, parmi les diverses « voies de récupération » qui s'offrent à l'État « demandeur », à la recherche de celle qui, au service de ses prétentions, est « la meilleure » — c'est-à-dire « la plus efficace », au regard des critères de la rapidité, de l'étendue territoriale et du coût. Je l'ai fait déjà suffisamment cependant — peut-être plus que de raison —, et la pratique internationale ne me permet pas d'aller au-delà de ces balbutiantes tentatives. Les diverses « voies de récupération » donnent toutes à de nombreux égards l'image d'une « symphonie inachevée » — signe moins de l'imperfection de l'une ou de l'autre « voies », que de l'inachèvement auquel la réalité condamne le droit. Celui-ci n'est au fond, qu'un instrument — un instrument de force, un instrument de pouvoir, je l'ai vu, que les États « victimes » cherchent à utiliser, par une manière sans doute de *juste* retour des choses, pour contraindre l'ancien dirigeant, ou les membres de sa famille, à un arrangement. Ce biaisement du discours juridique,

jamais poussé à son terme, et qui explique le succès des mesures provisoires et conservatoires, rend délicate toute tentative d'en apprécier les mérites internes, par le détail des « voies de récupération » qu'il propose. Il vaut mieux rester à sa surface — et, à défaut d'indiquer les portes de sortie, montrer du moins que le contentieux auquel je m'intéresse est susceptible d'y entrer.

Car on le devine, la véritable difficulté qu'il suscite est dans la question, somme toute plus politique que juridique, de l'« équilibre » qu'un sentiment de justice, mis en évidence, dans un article déjà cité, par M. Collins<sup>1042</sup>, commande de trouver entre l'assistance due au demandeur lésé qui cherche à l'étranger la réparation de son dommage et la protection de l'ex-homme politique que poursuit la vindicte du parti qui a triomphé<sup>1043</sup> — « équilibre » dans la recherche duquel n'interviennent pas seulement l'appréciation des mérites respectifs de la demande et de la défense, mais aussi l'intérêt politique de l'État du for qui peut ou non éprouver quelque sympathie, ou quelque aversion, pour le changement de pouvoir intervenu à l'étranger. L'on conçoit l'hésitation des juges à s'aventurer très avant dans l'examen de pareil contentieux, et même leur souci de s'en débarrasser — dans l'esprit, assez vain, qu'un rejet de la demande pour des motifs « de principe » qui les dispensent de l'examen de son bien-fondé vaudrait mieux, et, finalement, leur attirerait moins d'ennuis, à eux, et à l'État dont ils sont les organes, qu'un rejet fondé sur un motif de fond — fût-il la prescription ou le manque de preuves<sup>1044</sup>.

Pareille frilosité pourrait paraître hors d'époque ou de propos, au vu de l'aisance avec laquelle la Cour de district du New Jersey a accepté de connaître des prétentions que la République des Philippines élevait contre la Westinghouse et la Burns & Roe, accusées d'avoir emporté au prix d'une corruption préjudiciable au peuple philippin le marché de la centrale nucléaire de Bataan. La Cour y a, pour apprécier la responsabilité des entreprises défenderesses, fait application du droit philippin — du moins il l'a pris en considération — dans ses dispositions réglant les obligations que l'ancien président

<sup>1042</sup> *Ibid.*, pp. 227 et s.

<sup>1043</sup> Cf. M. B. A. WORTLEY, « Problèmes... », *op. cit.* in *Rec. c. Acad. dr. int.*, t. 67, 1939, I, p. 401.

<sup>1044</sup> Cf. la note déjà citée de B. AUDIT sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 2 mai 1990, *Rev. crit.*, 1991, resp. pp. 382 et 385.

Marcos assumait dans l'exercice du pouvoir. Elle y a recherché, pour apprécier la faute des entreprises défenderesses, si l'ancien président était tenu envers son peuple ou l'État qu'il dirigeait d'un « fiduciary duty » dans lequel elles auraient pu illégalement « interférer ». Or si pareil examen peut conduire à la mise en cause d'une entreprise soupçonnée de quelque concours au « système » d'enrichissement illicite mis en place par un ancien dictateur, ne doit-il pas *a fortiori* en aller de même à l'égard de cet ancien dictateur ? De nombreux juges américains l'ont souligné, en opposant aux arguments des anciens chefs d'État défendeurs, que « [b]ribe-taking, theft, embezzlement, extortion, fraud, and conspiracy to do these things are all acts susceptible of concrete proofs that do not involve political questions » <sup>1045</sup>.

Les spécialistes de la théorie américaine de l'*Act of State* savent bien cependant qu'il ne faut pas aller aussi vite, cette théorie ne s'opposant pas de la même manière au contrôle « incident » nécessaire à l'établissement du bien-fondé de la demande — à l'occasion par exemple d'une *libel action* dirigée contre un journaliste ayant mis en cause des « actes officiels » étrangers <sup>1046</sup>, et au contrôle « principal » — qui fait l'objet de la demande principale elle-même. Une action dirigée contre l'ancien dirigeant lui-même sera dans cette mesure soumise à des critères plus sévères que celle dirigée contre des entreprises qui auraient été ses complices — mût-elle en cause les mêmes agissements. C'est peut-être cela, précisément, qui est le plus significatif. Car quelle que soit la tendance qui s'observe en droit comparé à l'augmentation des pouvoirs des juges, singulièrement de référé, qui ne paraissent plus hésiter à s'appropriier des contentieux « politiques », il subsistera toujours une part d'hésitation du juge à s'arroger ce pouvoir. La matière des relations internationales en offre peut-être la meilleure démonstration, où quelques soient les garanties d'indépendance qui entourent l'exercice de la fonction judiciaire, le juge, nécessairement organe de l'État, est perçu comme exprimant sa position « officielle » — capable d'ailleurs, sur le plan du droit, d'engager sa responsabilité internationale.

---

<sup>1045</sup> *Supra*, note 613.

<sup>1046</sup> *De Robert v. Gannet Co.*, 733 F.2d 701 (9th Circ. 1984), *cert. den.*, 469 U.S. 1159, 105 S.Ct. 909, et 83 L.Ed.2d 923 (1985); *Sharon v. Time, Inc.*, 599 F. Supp. 538 (S.D.N.Y. 1984).

Je me suis longuement appesanti à cet égard — peut-être trop, puisque j'ai décidé de ne plus y revenir — sur la diversité des « voies de récupération » qui s'offrent à l'État « victime », et singulièrement sur la différence existant entre la « voie pénale », comme mécanisme de récupération « parallèle », et la « voie civile », comme mécanisme « de droit commun ». La moindre originalité de la première n'est que les juges pénaux ont apparemment éprouvé moins de difficultés que leurs collègues civils à ranger des chefs d'État enrichis dans la classe des malfaiteurs de droit commun plutôt que dans celle des opposants politiques qui méritent traditionnellement, depuis Voltaire, la protection qu'offrent les frontières nationales. L'on pourrait s'interroger sur les motifs pour lesquels la « voie pénale » paraît contourner une difficulté sur laquelle buttent les juges « civils ». La raison s'en trouve, plus encore que dans la conclusion de traités internationaux par lesquels le for entend clairement marquer sa volonté de coopérer à la réalisation des fins que poursuit l'État étranger, dans la présence auprès de la juridiction pénale d'un représentant de l'intérêt général qui soit à même de manifester au juge les directions que le pouvoir exécutif entend donner à la politique étrangère de l'État. Le juge n'y est pas seul et même, d'une certaine manière, sa décision y est sous contrôle — ce qui n'est pas le cas du juge civil, qui hésitera dès lors davantage à s'engager.

Toute la difficulté, puisque le juge est obligé de rendre une décision en droit — la « crise » du juge est celle du droit lui-même, dont il est l'expression en même temps que le gardien — est d'exprimer en termes juridiques cette hésitation politique.

Les juges américains se sont à cet égard fait fort de poser clairement — crûment — les termes du débat, à l'image de ce juge pénal new-yorkais, saisi du procès dirigé contre M<sup>me</sup> Marcos et ses complices, qui se demandait, par un écho aux décisions rendues quelques années plus tôt à l'égard de la famille Pahlavi, sur le fondement du *forum non conveniens*, « [w]hat is this case doing in an American Court ? »; « [w]hat am I doing with this case of theft of Philippine money from Philippine banks ? » <sup>1047</sup>. Ils l'ont fait sur le fondement de l'article II, section 2 et 3, de la Constitution, aux termes duquel « [l]e président sera le chef suprême de l'armée et de la marine des États-Unis (...); [i]l

<sup>1047</sup> « The Story... », *op. cit.* in *Kasarinlan*, vol. 6 (3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> trim. 1990), p. 118.



aura le pouvoir (...) de conclure des traités (...); il désignera (...) les ambassadeurs »<sup>1048</sup>. À cette disposition somme toute anodine, car on en trouve le pendant dans les constitutions de presque tous les États du monde — où elle énumère, selon le mot de Sir Watts, les « internationally relevant powers » des chefs d'État<sup>1049</sup> —, les juges américains ont attribué un contenu juridique substantiel. Ils ont décidé que « [t]he president is the *sole* organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations »<sup>1050</sup>. Et ils en ont déduit, pour eux, des conséquences juridiquement obligatoires — celles du célèbre « self-restraint », mis en œuvre par un ensemble de théories qui encouragent le pouvoir judiciaire, dans la conduite de la politique étrangère de l'État, à « parler à l'unisson » (*speak with one voice*) du pouvoir exécutif<sup>1051</sup>. C'est l'*Act of State* et la *political question doctrine* et, dans une certaine mesure aussi, la *sovereign immunity doctrine*, dont la Cour du deuxième circuit n'a pas manqué de relever, à l'occasion de l'affaire Marcos, que le « fondement » était fort proche de la théorie de l'*Act of State* — « avoiding embarrassment to our government and showing respect for a foreign state »<sup>1052</sup>.

Revanche du « droit » sur la « politique », qui, en décidant, par un ensemble de théories juridiquement obligatoires, que « political questions are not justiciable questions »<sup>1053</sup>, intègre comme juridiquement obligatoire; partie composante du discours juridique, l'infirmité même de celui-ci. Revanche aussi du juge sur le pouvoir exécutif, qui se rend maître, par la technique du « self-restraint », des limites que lui

<sup>1048</sup> DUVERGER, p. 685.

<sup>1049</sup> pp. 26 et s.

<sup>1050</sup> *United States v. Curtis-Wright Corp.*, 299 U.S. 304 (1936), ici, 299 U.S., p. 319, je souligne.

<sup>1051</sup> *International Ass'n of Machinists v. O.P.E.C.*, 649 F.2d 1354 (1981), *cert. den.*, 454 U.S. 1163 (1982), ici 649 F.2d, p. 1358. L'expression est due aux juges anglais. Le célèbre *dictum* du juge Shadwell dans *Taylor v. Barclay*, [1828] 2 Sim. 213, « [i]t appears to me that sound policy requires that the Courts of the King should act in unison with the Government of the King » (p. 221), trouva sa résonance un siècle plus tard dans *Government of the Republic of Spain v. S.S. « Arantzazu Mendi » — The Arantzazu Mendi*, [1939] A.C. 256, H.L., égal. publ. dans 2 B.I.L.C. 198, 1 All E.R. 719, et *Ann. Dig.*, vol. 9 (1938-1940), No. 25, et rapp. dans [1944] 21 B.Y.B.I.L., p. 180, sous la plume de Lord Atkin : « [o]ur State cannot speak with two voices (...), the judiciary saying one thing, the executive another » ([1939] A.C., p. 264). *Addé Development Co. Ltd. v. Government of Kelantan*, [1924] A.C. 797, H.L., égal. publ. dans 93 L.J.Ch. 343; 131 L.T.R. 676, et *Ann. Dig.*, 1923-1924, No. 65 ; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853, H.L. La décision d'appel en cette espèce apparaît dans [1965] Ch. 596. L'une et l'autre décisions sont publiées dans 43 I.L.R., resp. pp. 25 et 42.

<sup>1052</sup> 806 F.2d, p. 360. Cf. aussi *Jimenez v. Aristeguieta*, 311 F.2d, pp. 357-358.

<sup>1053</sup> J. SCHMITZ, « Through the Past, Darkly... », *op. cit.* in 18 *Southw. U. L. Rev.*, p. 260, qui entend montrer que « [t]he scope of the Act of State doctrine should be comparable to that of the domestic political question doctrine » (*ibid.*, p. 259).

impose la règle qu'il s'est donnée — même si, soumise aux variations de « l'intérêt bien compris des États-Unis », la « cohérence » de sa jurisprudence est « celle de l'incohérence » <sup>1054</sup>. Juste position de la question, enfin, qui pour paraphraser M. Verhoeven s'exprimant à propos de la pratique des *executive certificates* ou *suggestions*, démontre que cette hésitation « n'est aucunement l'expression de quelque devoir imposé par le droit international ». « Même », écrit cet auteur, « s'il fut parfois fait état des exigences de la « comity » à ce propos, cette pratique exprime exclusivement des préoccupations purement domestiques, qui reflètent une image particulière de la cohérence à préserver au sein de l'appareil étatique » <sup>1055</sup>.

Il n'est rien d'étonnant que ces théories, bien plus, à titre d'exemple, que l'« extraterritorialité » des *preliminary injunctions* imposées à l'ex-président Marcos et à ses comparses, soient venues au premier plan des discussions qu'ont inspirées aux États-Unis les affaires intéressant d'anciens chefs d'État.

Les juges continentaux se montrent traditionnellement moins prompts à faire aveu de leurs hésitations. « Dans les pays de *civil law* », souligne M. Verhoeven, « il ne sied pas de professer ouvertement une telle dépendance » du juge envers la « politique ». Elle n'est pas moins réelle, « même si elle ne s'y avoue guère » <sup>1056</sup>. Le discours juridique y est plus cloisonné; il intègre moins explicitement la donne politique. Il n'est pas pragmatique, mais dogmatique. Qu'y a-t-il d'étonnant que les juges y aient cherché dans l'ordre juridique international les raisons de l'hésitation qu'ils éprouvaient — qu'ils en aient trouvé les motifs dans un ordre juridique dont, en raison d'un inachèvement qui lui est consubstantiel, ils perçoivent comme assourdis les commandements obligatoires — lorsque ceux-ci ne sont pas tout simplement construits pour les nécessités de leur interprète : en cette zone floue où le droit interne croit se soumettre aux ordres impératifs d'un ordre juridique supérieur, dans lequel il puise les justifications de ses limites, de prétendues règles trouvent leur obligatorité au

---

<sup>1054</sup> VERHOEVEN, « Relations internationales... », n° 122, p. 176.

<sup>1055</sup> *Id.*, n° 14, p. 33.

<sup>1056</sup> *Id.*, n° 139, p. 196.

moment où elles sont dites, ce qui ne peut qu'augmenter le « discrédit latent jeté [par les juges internes] sur le droit des gens » que cet auteur a en un autre contexte déploré <sup>1057</sup>. La meilleure expression s'en trouve dans l'arrêt *Duvalier* de la Cour de cassation de France, qui a puisé dans des règles internationales coutumières ayant, pour le juge, une portée obligatoire, le motif de rejeter les prétentions que l'État haïtien formait contre son ancien dictateur <sup>1058</sup>.

La « souveraineté » étatique, principe axiomatique du droit des gens, devient ainsi l'allégorie en même temps que le prétexte de la difficulté — et la récupération des sommes détournées par d'anciens chefs d'État serait dans un système mondial dont l'interdépendance va croissante une dernière bribe — un dernier débris ou un dernier soubresaut, qui sait ? — du conflit des souverainetés étatiques. Comme s'il pouvait subsister en certains de leurs éléments sensibles, qui participent, précisément, de la « souveraineté », quelque cloisonnement étanche entre les ordres juridiques étatiques, radicalement fermés aux techniques qui réalisent leur perméabilité les uns aux autres.

Cette question de la « souveraineté » est la traduction en termes juridiques du phénomène de « l'amont » de la difficulté politique : elle provoque un écrasement des difficultés « à la surface du droit ». Même si elle est psychologiquement moindre pour le juge de la « décision » que pour celui de la « règle », ou pour le juge du provisoire que pour celui du fond, cette hésitation du juge à s'engager sur un terrain politique « écrase » en un plan unique les difficultés. Elle se présente en amont; elle transcende, ou mieux, elle englobe la division entre « règles » et « décisions » et entre « compétence judiciaire » et « loi applicable », car elle se développe *a priori* sans subir les variations de ces diverses catégories, en échappant à ces variations — d'où l'expression de « surface du droit ».

Sur le plan technique — plan auquel les ordres juridiques de *common law*, qui confondent volontiers les tests de la « recevabilité », largement entendue, et du « fond », sont moins attentifs que les ordres juridiques de *civil law* —, cette

---

<sup>1057</sup> *Id.*, n° 140, p. 200.

<sup>1058</sup> J. DEHAUSSY, « Le statut... », *op. cit.* in *Clunet*, 1991, pp. 109 et s.

concentration des difficultés « à la surface » ou, pour reprendre cette expression menacée de désuétude, « aux frontières » — l'hésitation que le juge éprouve à *prendre connaissance* du litige — trouve sa traduction dans la mise en cause de son « pouvoir de juridiction ». Distinguée par la doctrine française de droit international privé, dont les travaux ne sont pas sans rappeler ceux des commentateurs du Code judiciaire belge <sup>1059</sup>, de la « compétence », le « pouvoir de juridiction », saisit le juge comme le représentant de l'ensemble du « pouvoir judiciaire », dont les pouvoirs, en tant que corps, sont mis en cause. La « compétence », au contraire, n'a trait qu'à la distribution des tâches au sein du pouvoir judiciaire; elle saisit le juge dans son individualité, comme le membre d'un corps dont les pouvoirs en tant que tel ne sont pas mis en cause.

L'incidence concrète peut s'en laisser difficilement percevoir, car dans l'un et l'autre cas, c'est le pouvoir du juge de connaître du litige porté devant lui qui est contesté. Mais dans le premier, celui du pouvoir de juridiction, les pouvoirs du juge sont contestés pour la raison que le litige échappe au pouvoir judiciaire dans son ensemble, dont la juridiction saisie est, fonctionnellement, la représentante. Dans le second, celui de la compétence, ce n'est qu'en raison des caractéristiques spécifiques de la juridiction saisie que les pouvoirs du juge sont contestés. Les attributions du pouvoir judiciaire, dans son ensemble, ne sont pas mises en cause : simplement, compte tenu de la distribution des tâches entre les différentes juridictions qu'opèrent les règles de compétence judiciaire, le litige eût dû appartenir à un autre juge. En somme, la question du « pouvoir de juridiction » est antérieure à celle de la « compétence » — puisqu'en bonne méthode il faut vérifier d'abord si le litige relevait bien d'un règlement judiciaire, avant d'examiner si, parmi tous les juges, c'est le bon qui a été saisi. C'est ce qu'exprime M. Cosnard, en décidant que la « compétence » désigne la « mise en œuvre concrète » de « l'habilitation générale » que représente le « pouvoir de juridiction » <sup>1060</sup> — même si l'opposition faite par cet auteur entre les éléments « abstraits » du litige, qui permettraient de décider du « pouvoir de juridiction » et ses

---

<sup>1059</sup> La même distinction est présente dans la doctrine française de la procédure civile (H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 2, Paris, Sirey, 1973, n° 632, p. 682).

<sup>1060</sup> p. 33.

éléments « concrets », qui permettraient de décider de la « compétence »<sup>1061</sup>, ne convainc pas parfaitement, parce que ces éléments sont bien souvent confondus dans la pratique.

Cette question peut être présentée dans les termes procéduraux de la distinction entre l'« incompétence » et l'« irrecevabilité » — la première, sanctionnée par un déclinatoire de compétence; la seconde, par un déclinatoire de juridiction ou une fin de non-recevoir. Il est certain qu'elle a quelque incidence sur le plan procédural. Plus fondamentalement c'est bien la difficulté politique qu'elle dissimule, de la *disponibilité* des cours et tribunaux à recevoir la demande. Elle concerne le point de savoir si « l'acte qu'il [leur] est demandé (...) de poser »<sup>1062</sup> relève de leur « pouvoir »; de leur « mission »; de leur « rôle ».

L'antériorité — la primauté — de la difficulté politique ressurgit à nouveau, qui me conforte dans la voie choisie. La thèse — c'est l'objet exclusif de mon étude — doit s'appesantir sur cette hésitante traduction en langage juridique de la difficulté politique.

## § 2. — *Plan*

Je suivrai pour cela le chemin, assez commode somme toute, qu'offre l'agencement du litige entre un « demandeur » et un « défendeur » — l'État qui cherche à faire triompher les prétentions qu'il élève contre son ancien dirigeant, et cet ancien dirigeant lui-même qui cherche à s'en défendre. Le plan pourrait paraître simple, simpliste même. Il correspond aux deux aspects traditionnels que revêt, depuis que Niboyet a popularisé dans la littérature continentale les réflexions que la théorie de l'*Act of State*

---

<sup>1061</sup> *Id.*, pour qui le « pouvoir de juridiction » désigne l'« habilitation abstraite donnée à un organe pour trancher des différends portant sur une ou plusieurs catégories de matières et mettant en cause un certain type de personne » — alors que la « compétence » désigne « le pouvoir concret du tribunal de juger un litige précis, entre deux personnes déterminées ».

<sup>1062</sup> p. 223, note 1.

avaient inspirées aux auteurs anglo-saxons<sup>1063</sup>, la question du « pouvoir de juridiction ». Elle est à la fois « matérielle » et « personnelle » — dépendant, pour reprendre l'observation de M. Cosnard, de la « matière » du litige et du type de « personnes » qu'il met en cause<sup>1064</sup>.

Une illustration s'en est trouvée dans un arrêt assez récent, par lequel la Cour de justice de Genève s'est déclarée « incompétente » — c'est-à-dire, dans le vocabulaire retenu, « sans pouvoir de juridiction » — pour connaître de l'action en revendication que la République de Roumanie dirigeait contre l'ex-Roi Michel, accusé d'avoir à la veille de son exil, en 1947, déposé dans les coffres de l'Union des Banques Suisses à Zurich une collection de tableaux constituée par son grand-oncle, le Roi Carol Ier, que celui-ci avait à son décès léguée à la « Couronne de Roumanie »<sup>1065</sup>. Loin de suivre les parties en une argumentation principalement historique, qui détaillait les circonstances en lesquelles l'ex-roi avait, au lendemain de la prise du pouvoir par les communistes, été « invité à quitter le pays » « avec les biens mobiliers qu'il voulait, car ceux-ci représentaient bien peu par rapport aux biens immobiliers qu'il laissait derrière lui »<sup>1066</sup>, la Cour fixa son attention sur deux moyens qui évoquent les deux « faces », matérielle et personnelle, du « défaut de pouvoir ».

Confirmant la décision du premier juge, elle se déclara « incompétente *ratione materiae* » et, subsidiairement, « *ratione personae* », pour connaître de la demande. Elle considéra, sur le premier point, — en des termes qui ne sont pas loin de faire écho aux attendus de l'arrêt *Duvalier* de la Cour de cassation de France — que la demande « se rapport[ait] à une matière qui rel[evait] de la sphère interne de l'État étranger en sa qualité de titulaire de la puissance publique », requérant ainsi « des tribunaux genevois l'interprétation et l'application du droit constitutionnel et public roumain » et leur

<sup>1063</sup> « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *Rev. crit.*, 1950, pp. 139 à 158.

<sup>1064</sup> pp. 33-34. L'on sait que, pour NIBOYET, l'expression « immunité de juridiction » devait être réservée à l'« incompétence » — il vaut mieux dire le « défaut de pouvoir » — résultant de la qualité personnelle du défendeur, celle liée à la matière du litige étant désignée plutôt par les termes « incompétence d'attribution » (art. cité à la note qui précède).

<sup>1065</sup> Ch. civ., 21 mars 1997, *La Roumanie c. M. Michel de Roumanie*, inédit, C/15595/1993.

<sup>1066</sup> *Id.*, p. 9, qui cite la déposition provisoire faite devant le président du Tribunal de Genève par le professeur Jacques Vergotti, successivement officier d'ordonnance du roi, puis dès 1944, préfet de la Maison du Roi Michel, responsable des biens publics et privés, intermédiaire entre le roi et le gouvernement.

conférant « le pouvoir exorbitant de déterminer les droits et obligations des parties sur un territoire qui [n'était] pas dans [leur] juridiction ». Cela suffisait à les tenir pour « radicalement incompetent[s] », « tout comme [ils] le seraient pour déterminer si une personne privée peut être considérée comme fonctionnaire public d'un État étranger »<sup>1067</sup>. « À titre subsidiaire » et « ad personam », la Cour jugea que l'ex-Roi Michel jouissait en Suisse, soit en vertu du droit international, soit, puisque ce pays lui avait accordé l'exil, « pour des motifs de courtoisie », d'une « immunité totale de juridiction »<sup>1068</sup>.

Ces deux causes du « défaut de pouvoir » des juges nationaux, reliées l'une et l'autre au principe de « souveraineté » étatique, me paraissent sur un pied d'égalité — je m'écarte ici de la thèse de M. Cosnard qui, pour faire la « chronique [de la] mort annoncée »<sup>1069</sup> du phénomène des immunités, a considéré que celui-ci résidait dans l'exemption (ou le non-exercice) d'une « juridiction » préexistante — de telle manière qu'il ne pouvait avoir de sens lorsque celle-ci faisait défaut. Constatant que l'immunité juridictionnelle est retirée à l'État étranger lorsque le juge saisi est, selon ses règles de conflit de juridiction, approprié pour trancher le litige<sup>1070</sup> ou, à l'inverse, qu'elle ne lui est accordée que lorsque les mêmes règles retirent au juge le pouvoir de connaître du litige, M. Cosnard conclut à l'inutilité de cette notion — le « grand danger de disparition » qu'elle court en pratique<sup>1071</sup> correspondant à une réalité théorique<sup>1072</sup>. Il me semble, quant à moi, que lorsqu'à plusieurs reprises la Commission du droit international a insisté sur la nécessité d'une « juridiction » préalable, dont l'immunité exempte son bénéficiaire<sup>1073</sup>, c'est à la compétence judiciaire qu'elle s'est référée — le défaut de celle-ci rendant superflue la question des immunités. Mais, lorsque la question est posée sur le plan du pouvoir de juridiction, c'est bien comme une cause de l'absence de pouvoir que se présente l'immunité, et non simplement comme une cause

---

<sup>1067</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>1068</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>1069</sup> p. 403.

<sup>1070</sup> p. 402.

<sup>1071</sup> *Id.*, et pp. 377-378 : « [s]i la juridiction n'existe pas, en vertu des limites imposées par le droit international, le refus de juger ne peut être fondé sur la théorie des immunités de l'État, puisque l'immunité suppose la juridiction. Or, toutes les justifications de refus de juger qui ont été avancées [dans le cadre de la théorie des immunités] sont assimilables à la constatation d'une absence de juridiction ».

<sup>1072</sup> pp. 377-378

<sup>1073</sup> *Id.*, pp. 39-40.

de son *non-exercice* — dans une mesure absolument identique, sur le plan *personnel*, à celle qui pourrait résulter de la *matière* du litige <sup>1074</sup>.

Ce sont deux faces d'une même réalité dont les liens l'une avec l'autre sont plus importants qu'il n'y paraît à première vue, et dont aucune, à proprement parler, ne rend l'autre superflue — parcourant, au départ d'un même fondement politique, des chemins différents qui arrivent aux mêmes fins.

### § 3. — *L'État représenté par son gouvernement et son ancien dirigeant*

L'étude aura de la sorte pour objet exclusif les rapports qu'entretiennent entre eux, l'État et son ancien dirigeant — et même, ce qui précise encore le champ de l'analyse, l'État *représenté par son gouvernement* et son ancien dirigeant. Il n'y a là aucune caricature — ce dont je voudrais me justifier dans les dernières lignes de ces « conclusions ».

#### A. — L'ÉTAT...

L'État qu'il a dirigé n'est pas le seul créancier que compte un chef d'État déchu. Il n'est que de penser à la situation de l'ex-empereur de Centrafrique Jean-Bedel Bokassa, qui avait réussi l'« exploit » de s'exiler avec des dettes, et dont les créanciers « privés », demeurés impayés, avaient fait main basse sur les nombreuses propriétés qu'il

---

<sup>1074</sup> *Contra* M. COSNARD, pp. 41-42, pour qui il est impossible de définir l'immunité de juridiction comme un « non-pouvoir » : « (...) exercer une juridiction, c'est être compétent. Avoir le « non-pouvoir » d'être compétent, c'est ne pas avoir de juridiction. Il est par conséquent impossible de dire qu'un État est incapable d'exercer une juridiction puisque, s'il est incapable, cela signifie qu'il ne possède pas l'autorité de décider. L'incapacité ne peut pas s'appliquer à l'exercice d'une juridiction dont elle constate l'absence. Le « non-pouvoir » est une notion trop générale pour être retenue. En fait, le pouvoir existe, il s'exprime par la compétence du juge. L'immunité n'en est pas la négation, mais le *non-exercice* dans une situation particulière » (souligné par l'auteur lui-même; notes omises).



possédait en France <sup>1075</sup>. De façon plus spectaculaire, l'on a vu les victimes des violations des droits de l'homme commises aux Philippines pendant la dictature revendiquer avec assez de succès, au lendemain de la décision du jury hawaïen leur octroyant près de deux milliards de dollars de dommages et intérêts, le droit d'être associées au partage de la fortune de M. Marcos <sup>1076</sup>. Il est même possible qu'à l'avenir un État tiers ou une organisation internationale dont l'assistance financière aurait été détournée par un dirigeant corrompu, cherchent à obtenir, à charge de celui-ci, quelque réparation de l'« abus de confiance » dont ils auraient été victimes <sup>1077</sup>.

Sans doute, comme l'ont fait remarquer les autorités helvétiques au lendemain du jugement de la Cour de district de Hawaï ordonnant aux banques suisses détentrices des avoirs déposés au nom de la famille Marcos d'en consigner le montant au greffe de la Cour, en vue de garantir l'exécution des condamnations prononcées en faveur des victimes <sup>1078</sup>, il ne s'agit en ces hypothèses plus de récupération des fonds détournés. La Cour, soulignèrent-elles, a fait la supposition que les fonds gelés dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale appartenaient à l'ancien président philippin et à son épouse, et qu'ils étaient comme tels susceptibles de répondre de leurs dettes — alors que, dans la logique de la procédure d'entraide, c'était à l'État philippin, et non à M. et M<sup>me</sup> Marcos, que ces fonds appartenaient, ce qui excluait qu'ils pussent servir à l'apurement des dettes de l'ancien couple présidentiel — à moins que, comme on l'a vu ci-dessus, l'État philippin ne doive être tenu pour responsable des engagements contractés par M. Marcos dans l'exercice du pouvoir.

---

<sup>1075</sup> *Supra*, note 933.

<sup>1076</sup> *Supra*, notes 302 et s., et 623 et s.

<sup>1077</sup> Il ne paraît pas qu'à ce jour de telles actions aient été entreprises. Peut-être est-ce qu'elles susciteraient de trop inextricables difficultés, liées à l'établissement du préjudice subi et du lien de causalité unissant celui-ci aux fautes reprochées à l'ancien dirigeant : s'agissant de montants alloués, même gratuitement, dans le cadre de l'aide au développement, l'État ou l'organisation demandeurs se seraient en effet en toute hypothèse appauvris, et l'on ne verrait pas en quoi le détournement de l'aide leur aurait à cet égard causé, au moins sur le plan financier, un préjudice « supplémentaire ». Ou peut-être même est-ce, dans les affaires les plus « retentissantes », que les détournements commis étaient, au moment des faits, connus de l'État ou de l'organisation agissants, au point que des juges auraient pu conclure à une rupture du lien de causalité due à la faute de la victime elle-même... Sur l'un et l'autre plan, l'extension presque généralisée de la « conditionnalité » de l'aide au développement, désormais subordonnée à la condition que l'État bénéficiaire s'engage à lutter activement contre la corruption, devrait apporter du nouveau — justifiant ainsi, à l'avenir, l'apparition de contentieux de ce genre.

<sup>1078</sup> *Supra*, note 306.

Seules des personnes faisant valoir sur les avoirs détournés des prétentions de propriété rivales à celle de l'État — c'est le cas de la Golden Budha Corporation, dans l'action introduite contre les héritiers de M. Marcos —, devraient se trouver au même « rang » que lui. Les « autres créanciers » de l'ancien dirigeant ne devraient être autorisés à s'emparer de ses avoirs qu'après qu'un juge a constaté qu'ils avaient été régulièrement acquis, de sorte que l'ancien dirigeant en était bien, et non l'État ou quelque autre personne, le légitime propriétaire.

L'on sait que dans la réalité il n'en est pas ainsi. À défaut d'une procédure de concours comportant le dessaisissement de l'ancien chef d'État et la suspension des poursuites, le paiement est, dans les relations internationales comme dans les relations internes, le « prix de la course ». Même si, d'ailleurs, un concours était organisé, l'on ne voit pas de quel « privilège » le droit de propriété investirait l'État, dès l'instant du moins que les prétentions de celui-ci ne porteraient pas sur des biens déterminés dont ces autres créanciers n'auraient pu de bonne foi ignorer que leur débiteur n'était pas le légitime propriétaire — comme des bijoux de la couronne, des œuvres d'art notoirement détournées d'un musée, ou d'autres objets à l'égard desquels la propriété de l'État serait incontestable.

La raison de restreindre à l'État la catégorie des « demandeurs » est toute autre, et presque d'évidence. C'est qu'il est seul en droit de se prévaloir des prérogatives de la souveraineté qui lui reviennent en sa qualité de sujet primaire, et originel, des relations internationales. Ces prérogatives l'investissent du droit de prendre, à l'endroit de l'ancien dirigeant, des mesures d'autorité qui échappent à tout autre créancier. Cette circonstance, somme toute plus politique que juridique, que, pour reprendre l'expression de J. Dehaussy, « la toge pourpre de l'*imperium* » « colle à la peau » de l'État, se glissât-il, « humblement », dans les habits de la victime, est, l'arrêt rendu par la Cour de cassation de France dans la cause *Duvalier* l'a montré, cause d'une bonne part des difficultés qu'il rencontre pour faire triompher ses prétentions. C'est à elles que j'aimerais me fixer.

## B. — ...REPRÉSENTÉ PAR SON GOUVERNEMENT...

La pratique révèle du reste — ce qui ne fait qu'accroître ces difficultés spécifiques — une autre réalité — qui, tout autant, paraît d'évidence. C'est toujours le nouveau gouvernement, mis en place au lendemain du renversement de l'ancien dirigeant, qui a représenté l'État dans les procès qu'il faisait à celui-ci — qu'il s'agisse de saisir des autorités étrangères d'une demande d'extradition ou d'une requête d'entraide internationale en matière pénale, ou de formuler devant elles une demande tendant à obtenir la restitution d'avoirs volés, détournés ou illicitement acquis. C'est que le gouvernement jouit dans les relations internationales du monopole de la représentation étatique. Non seulement il est l'« organe » d'un « être de raison » incapable « de pouvoir effectivement se réaliser par [lui-même] dans » le « milieu » où il se meut <sup>1079</sup>, mais il en est par définition même le *seul* organe : le gouvernement prétend par essence — au moins lorsqu'est préservée l'unité étatique — à l'exclusivité. Il n'admet pas de rival.

Devant des fors étrangers, il est toujours habilité à agir au nom de l'État, et il est seul à le faire.

Ce titre, et son exclusivité, ne lui viennent ni du droit de l'État représenté, ni de celui de l'État sollicité de le recevoir, mais du droit international lui-même ou, plus exactement, de la structure de la société internationale, composée d'États dont l'existence d'une autorité indépendante — habile à le représenter — est un élément de la définition <sup>1080</sup>.

Il est possible qu'au travers de l'État c'est au peuple lui-même que les vols, détournements ou faits de corruption commis par le chef d'État portent préjudice — ce

<sup>1079</sup> VERHOEVEN, *La reconnaissance...*, n° 28, p. 70.

<sup>1080</sup> Sur la double réalité, « essentielle » et « existentielle » des rapports entre l'État et son gouvernement, voy. *ibid.*, n° 27 et 28, pp. 67 et s.

qu'ont souligné les Républiques d'Iran, des Philippines et d'Haïti dans les conclusions qu'elles ont prises contre leurs anciens dirigeants devant les juges américains. Il n'est nul besoin, pour le justifier, de se référer à de lointaines théories du droit international ou à de lointains principes de droit <sup>1081</sup>. Dans son essence même l'État est une collectivité orientée vers la satisfaction du bien commun de la population qui le compose. Il est le gardien de ses intérêts. Pour cette raison structurelle, et en dehors de toute appréciation politique, toute atteinte au bien de l'État est une atteinte à celui de sa population.

Ce n'est pas une raison cependant que le peuple lui-même, par une manière d'« action directe » ou, pour pallier l'inaction de l'État, d'« action oblique », agisse en restitution contre l'ancien dirigeant. L'article 24 (b) de la Constitution nigérienne, qui charge les citoyens de ce pays du devoir de « protect[...] and preserv[e] public property, and to fight against misappropriation and squandering of public funds » <sup>1082</sup> est sur ce point relativement platonique. Le peuple n'a pas, pour faire valoir ses prérogatives, d'existence internationale — l'on veut dire par là qu'il n'a pas d'existence devant des fors étrangers. L'ordre juridique étranger l'ignore en tant que tel. S'il n'en était pas ainsi, un peuple pourrait porter une réclamation contre un dirigeant corrompu avant même que celui-ci ne quitte le pouvoir. Or il ne peut le faire, aussi longtemps du moins que ce dirigeant conserve la confiance du gouvernement mis en place, et que la contestation de celui-ci n'a pas pris des proportions telles que s'est organisée une autorité rebelle capable de prétendre elle-même à la qualité de gouvernement — fût-il « local », « en exil » ou « de fait », et, comme telle, habile à représenter l'État sur la scène internationale. Le peuple n'a devant les fors étrangers d'existence qu'institutionnelle, gouvernementale.

---

<sup>1081</sup> N. KOFELE-KALE, pp. 71 et s. L'auteur se réfère d'abord, pour en faire la démonstration, au « droit des peuples » des Nations unies sur leurs ressources naturelles — particulièrement mis en lumière dans le contexte de la décolonisation. L'approche, qui joue sur l'ambiguïté du terme « peuple », n'est pas très convaincante : le prétendu « droit des peuples » est en l'espèce celui des États — dans les relations, au surplus, qu'ils entretiennent entre eux (D. ROSENBERG, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris, L.G.D.J., 1983, pp. 101 et s., et la préface de J.-P. COLIN, p. 17). Plus décisive semble être la référence à la doctrine anglo-saxonne du *trust*, selon laquelle l'office public est détenu aux termes d'un *public trust*, dont le peuple est le *beneficial owner* — la figure du mandat en serait le pendant dans les pays de *civil law* qui ignorent la fiducie (KOFÉLE-KALE, pp. 111 et s.). Encore faudrait-il rapporter ces relations « fiduciaires » à leur source exacte, qui nous paraît être simplement être dans la définition même de la personnalité étatique.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, p. 154, note 197 et le texte complet de la disposition, pp. 187-188.

On peut le dire en d'autres termes : lorsque qu'un gouvernement agit contre un ancien dirigeant, il ne représente pas seulement l'État qu'il dirige, mais le peuple lui-même qui compose celui-ci. De la même manière qu'il a le monopole de la représentation étatique, le gouvernement a celui de la représentation populaire. Car à supposer que le peuple puisse agir lui-même, l'on ne voit pas qui le représenterait en-dehors d'une autorité gouvernementale. L'action d'un citoyen, ou d'un « comité de citoyens » qui ne prétendrait à aucune autorité civile, serait vouée à l'échec, à défaut d'intérêt suffisamment individualisé, distinct de l'intérêt collectif. La conclusion n'est pas désavouée par la condamnation, prononcée par la Cour du district méridional de Floride à la demande de deux citoyens haïtiens qui prétendaient agir à la fois en leur nom personnel et au nom du peuple de Haïti contre M. et M<sup>me</sup> Duvalier, au paiement de quelque cinq cent quatre millions de dollars « to be distributed to the Haitian people under an « Economic Development Plan for Haiti » » arrêté avec l'approbation de la Cour, en plus des dommages personnels, d'un montant de un million sept cent cinquante mille dollars alloués aux demandeurs <sup>1083</sup>. La Cour paraît en effet avoir tenu les citoyens demandeurs pour seuls habiles à représenter minimalement l'État haïtien, parce que le gouvernement « officiel » de cet État, parvenu au pouvoir à la suite d'un coup d'État militaire, et non « reconnu », ne pouvait se prévaloir de cette qualité au regard des autorités américaines. Les deux citoyens agissants ont en cette hypothèse joué fonctionnellement, rien de moins, le rôle de gouvernement.

### C. — ...ET SON ANCIEN DIRIGEANT

Pas plus que la liste des « demandeurs » potentiels pourrait n'être limitée à l'État, celle des « défendeurs » pourrait n'être limitée aux chefs d'État. Les vols,

---

<sup>1083</sup> *Jean-Juste v. Duvalier*, 82 A.J.I.L. 594 (1988) (S.D.Fla. Jan. 8, 1988). Comme le relève l'annotateur de la décision à l'*American Journal of International Law*, la Cour a omis en cette espèce de justifier sa compétence internationale, acceptant de statuer sans constater, ni que les défendeurs étaient présents sur le territoire américain, ni même que les biens qu'ils avaient prétendument détournés s'y trouvaient (*ibid.*, p. 595).

détournements ou faits de corruption qui sont reprochés à ceux-ci s'inscrivent le plus souvent dans le cadre d'une criminalité organisée à l'échelle internationale qui, à titre de « coauteurs » ou « complices » — parfois par simple négligence —, fait intervenir un grand nombre d'autres acteurs. La responsabilité de ceux-ci peut être engagée sur le plan pénal. Elle peut l'être aussi sur le plan civil — celui de l'obligation de restitution ou de réparation.

L'on songe d'abord — c'est l'exemple qui vient le plus rapidement à l'esprit — aux « tiers sous-acquéreurs » qui, à la veille ou au lendemain d'un changement de pouvoir, se portent acquéreurs d'immeubles, de tableaux ou autres objets de valeurs, ou de parts de sociétés, que le dirigeant déchu cherche à réaliser à la hâte pour se faire des liquidités ou soustraire aux poursuites ceux de ses biens qui seraient « les plus voyants ». La situation de ces tiers forme sans doute l'un des enjeux les plus considérables de la récupération des sommes détournées par d'anciens chefs d'État — même si, à ce jour, elle n'a guère suscité de difficultés parce que, sans doute, la « mauvaise foi » des tiers mis en cause n'était pas sérieusement contestable. Ces difficultés pourraient se multiplier. Il n'est que de songer à l'acquisition, par un homme d'affaires bien en vue sur la place de Bruxelles, de l'une des plus importantes propriétés immobilières que M. Mobutu possédait à Uccle, ou, pourquoi pas, à l'acquisition, au lendemain du départ du pouvoir de M. Suharto, par un constructeur automobile allemand, des parts que l'un des fils de l'ex-président indonésien détenait dans le capital de la société Lamborghini <sup>1084</sup>.

La situation de ces tiers est sans doute influencée par la « voie de récupération » dont l'État « demandeur » a fait choix. En raison de son caractère essentiellement provisoire, la « voie administrative », consistant dans des mesures d'assistance prises par l'État « de refuge », y semble en particulier indifférente. Ainsi l'ordre adopté par le président Reagan envers « certain assets of a disputed title » a-t-il entraîné le blocage de tous les avoirs dont la République d'Haïti avait entrepris de revendiquer la propriété en justice — même passés aux mains de tiers. Cette indifférence aux droits

---

<sup>1084</sup> *Le Temps*, 13 juin, et 25 et 26 juill. 1998 — ce dernier précisant qu'aucun détail financier de la transaction n'a filtré.

des tiers paraît répondre à une règle générale : il suffit de se souvenir du sort que connurent les droits des tiers lors du blocage des avoirs irakiens, décidé mondialement à la suite de l'invasion, par ce pays, du Koweït. Les « tiers » n'ont en pareille hypothèse à leur disposition que le recours en responsabilité dirigé contre l'État auteur de la mesure. Mais ce recours lui-même a peu de chances de succès — car, indépendamment même de toute théorie d'« acte de gouvernement », ces mesures ont le plus souvent un caractère simplement provisoire — et ce caractère, certes guère élisif de tout dommage, est la raison principale de l'inattention portée aux droits des tiers.

Sur les plans pénal et civil, la situation des tiers sous-acquéreurs dépend du test de la « bonne foi » — que celle-ci doive ou non s'apprécier selon des critères identiques. C'est ce dont témoigne le triple arrêt, déjà cité, par lequel la Cour du deuxième circuit rejeta, au lendemain de la guerre civile espagnole, les prétentions que le gouvernement franquiste élevait sur plusieurs tonnes d'argent que les agents du gouvernement républicain avaient, à la veille de leur défaite, écoulé à la hâte, pour un montant de près de six millions et demi de dollars, auprès du gouvernement américain et, singulièrement, de la réserve fédérale, qui avait agi comme son « agent ». L'objectif était clairement, selon l'expression du juge Clark, de ne pas soumettre les droits des particuliers — en l'espèce, du gouvernement américain lui-même, qui s'était porté acquéreur — « to the changing circumstances of international politics beyond what is inevitable in any event »<sup>1085</sup>. La décision n'est pas sans rappeler plusieurs arrêts, plus anciens d'un siècle, par lesquels les juges anglais admirent, au lendemain de la guerre de sécession, de remettre au gouvernement américain le « trésor de guerre » que les agents du gouvernement confédéré avaient, pendant la guerre, amassé dans des ports britanniques, mais à la charge pour celui-là de respecter les droits que des courtiers

---

<sup>1085</sup> *Banco de España v. Federal Reserve Bank*, cité *supra*, note 482, ici 114 F.2d, p. 442, qui ajoute : « [p]ersons who dealt with the former Spanish government are entitled to rely upon the finality and legality of that government's acts, at least so far as concerns inquiry by the courts of this country » (*ibid.*, p. 444).

londoniens avaient pu dans la légitime expectative qu'ils en étaient les gestionnaires autorisés, acquérir sur ces biens auprès de ceux-ci <sup>1086</sup>.

Mais ce qui est de la sorte décidé de l'acquisition de biens dont la propriété publique n'est guère contestée, mais seulement le droit de les gérer, pourrait bien être décidé différemment lorsque c'est la propriété même de celui qui s'en prétend le maître qui est mise en cause...

Les prétentions de l'État demandeur pourraient s'étendre aussi aux partenaires commerciaux de l'ancien monarque ou président, qui, pendant qu'il était au pouvoir, ont pu partager avec lui le bénéfice des vols ou des détournements.

Lorsque l'enrichissement de ces personnes est dû au mode de gouvernement que l'ancien dirigeant avait mis en place dans la gestion de l'économie nationale — comme la création de monopoles, l'octroi de licences exclusives ou de régimes d'exemption de droits de douane : il n'est que de songer aux exemples philippin et indonésien —, il paraît cependant difficile de les atteindre. De la circonstance que l'identité et la continuité de l'État ne sont pas atteints par les avatars de ses organes <sup>1087</sup>, découle l'État, fût-il représenté par un nouveau gouvernement, est lié par les actes posés en son nom et pour son compte par un précédent gouvernement. Les arrangements convenus

<sup>1086</sup> *United States of America v. Prioleau*, [1865] 35 L. J. Ch. 7, égal. publ. dans 1 B.I.L.C. 129; *United States of America v. Mc Rae*, [1869] L.R. 8 Eq. 69, égal. publ. dans 2 B.I.L.C. 259. L'action avait en un premier temps été rejetée, pour le motif que le défendeur était, en vertu d'un *Act* du Congrès, exposé sur le territoire des États-Unis à la confiscation de ses biens. Cette circonstance avait été jugée contraire à la bonne foi qui s'imposait au demandeur devant une juridiction d'*equity* : « he who seeks equity must do equity » (*id.*, [1867] L.R. 4 Eq. 327, égal. publ. dans 2 B.I.L.C. 244). La décision avait été réformée en appel, et l'action déclarée fondée, pour le motif que l'État demandeur cherchait à récupérer une propriété dont il n'était pas contesté qu'elle lui appartenait : « [w]hat is the ground of relief sought by the present bill ? It is to obtain money and goods belonging to the plaintiffs in the hands of the defendant, which he admits to be their absolute property ». Que le défendeur fût, sur le territoire des États-Unis, exposé à la confiscation de ses biens pouvait être pris en considération pour le dispenser de témoigner à la cause, mais demeurait sans influence sur la solution du litige (*id.*, [1867] L.R. 3 Ch. App. 79, égal. publ. dans 2 B.I.L.C. 252, *per* Lord CHELMSFORD L.C., 2 B.I.L.C., p. 258, qui retint sur le plan de l'*evidence* une solution différente de celle de *King of the Two Sicilies v. Willcox*, [1850-51] 1 Sim. N.S. 301, égal. publ. dans 61 E.R. 116 et 2 B.I.L.C. 230). La *Court of Chancery*, saisie sur renvoi, jugea finalement que la prétention ne pouvait triompher qu'à la charge, pour le gouvernement américain, de respecter les arrangements convenus entre les défendeurs et les dépositaires londoniens auxquels ils avaient confié leur « trésor » — circonstance qui le conduisit à se désister des actions introduites, pour n'avoir pas à donner « anything like the faintest recognition of the public character or public functions of such agents of the rebellion or secession » (*id.*, [1869] L.R. 8 Eq. 69, égal. publ. dans 2 B.I.L.C. 259, spéc. *per* Sir W. M. JAMES, V.C., 2 B.I.L.C., p. 263).

<sup>1087</sup> VERHOEVEN, *La reconnaissance...*, pp. 70-71.



ne peuvent être remis en cause que *pour l'avenir* — sauf à établir à nouveau la « mauvaise foi » du tiers qui en a « bénéficié ». C'est de cette manière, semble-t-il, qu'il faut comprendre un arrêt par lequel la Cour du neuvième circuit donna pleine efficacité à la décision du gouvernement philippin de répudier, pour l'avenir, le paiement des arrérages d'une transaction que l'agence philippine des risques à l'exportation, Philguarantee, avait, pendant le règne de M. Marcos, conclue avec l'un de ses *cronies* favoris pour éviter la révélation d'une affaire de corruption dans laquelle avait trempé l'ancien président<sup>1088</sup>. Cette décision réformait un arrêt de la Cour d'appel de Californie qui dès l'instant que la « bonne foi » du tiers « bénéficiaire » ne peut être mise en doute, me paraît conserver toute sa valeur : appliquant le droit californien à la transaction litigieuse — parce que le défendeur avait sa résidence habituelle en Californie, ou, plus vraisemblablement, que les lettres de créance promises par Philguarantee étaient tirées sur un compte ouvert en dollars auprès d'une banque californienne —, la Cour avait considéré qu'aucun des vices de consentement aménagés par le droit californien des contrats ne conduisait à l'annulation de la transaction litigieuse<sup>1089</sup>. Dans son opinion concurrente sous cette décision, le juge Fogel avait concédé que « [t]here is an injustice in this case », parce que « the Philippine people have lost \$ 25 million because of the questionable dealings of their government under former President Marcos »<sup>1090</sup>. Il manifesta de la « compréhension » à l'égard des tentatives du « present government of the Philippines (...) to recover what it can of that loss »<sup>1091</sup>. Mais il n'en compara pas moins — fort à propos, semble-t-il, la situation de l'État philippin, au lendemain de son changement de gouvernement, à celle d'une société commerciale tenue par les décisions de son précédent *board of directors*, « however unwise or unfortunate ». Contraint de respecter les engagements pris, il avait pour seul recours de mettre en cause la responsabilité de son précédent dirigeant

---

<sup>1088</sup> *Chuidian v. Philippine Nat. Bank*, 976 F.2d 561 (9th Circ. 1992), égal. publ. dans 92 *Daily Journal D.A.R.* 16629. La Cour de district était allée moins loin — jugeant simplement, selon une théorie dont P. Kinsch a révélé la puissance opérationnelle, que l'agence philippine était *provisoirement* exonérée de son obligation d'exécuter la transaction litigieuse en raison des ordres de gel et de séquestre que la Commission présidentielle pour un gouvernement honnête avait prononcés à son endroit — ordres dont le principe de la *comity* et la théorie de l'*Act of State* lui interdisaient de contrôler la légalité (734 F. Supp. 415 (C.D.Cal. 1990), égal. rapp. dans L. A. *Daily Journal*, Apr. 20, 1990).

<sup>1089</sup> *Philippine Export & Foreign Loan Guarantee Corp. v. Chuidian*, 218 Cal. App. 3d 1058, égal. publ. dans 267 Cal. Rptr. 457 (Mar. 1990), qui confirme partiellement un jugement inédit de la Cour supérieure du comté de Santa Clara, No. 575867.

<sup>1090</sup> 218 Cal. App. 3d, p. 1100.

<sup>1091</sup> *Id.*

— comme une société commerciale pouvait mettre en cause la responsabilité de ses dirigeants, s'ils avaient agi en dehors des limites de l'objet ou de l'intérêt sociaux <sup>1092</sup>.

L'essentiel est là, que la situation des tiers ne peut être remise en cause, sauf à établir au regard du droit applicable qu'ils se sont rendus « complices » des fautes commises au préjudice de l'État.

Il pourrait en être ainsi — c'est troisième catégorie de « tiers » défendeurs potentiels — des entreprises coupables, en violation de la loi étrangère — et même, aux États-Unis, de leur propre loi — d'avoir versé des commissions occultes à l'ancien dirigeant —, voire des établissements financiers et de crédit qui auraient géré, voire simplement accepté en dépôt, le fruit de ses « gains illicites » : l'un et l'autre se sont en quelque manière rendus complices d'une fraude. La multiplication des instruments internationaux de lutte contre la corruption qui, sur le modèle du *Foreign Corrupt Practices Act* nord-américain, obligent les États à ériger en infraction pénale la corruption de fonctionnaires publics étrangers, devrait permettre d'abord aux États « spoliés » d'exiger des entreprises coupables de corruption l'indemnisation du préjudice que celle-ci pourrait leur avoir causé. Elles auraient à en répondre donc, solidairement avec l'ancien dirigeant ou ses héritiers. L'action que la République des Philippines a introduite contre la Westinghouse Electric Corporation pourrait bien, de ce point de vue, ne pas demeurer isolée.

L'interprétation « fonctionnelle » que les autorités de surveillance bancaire donnent à la « garantie d'une activité irréprochable » à laquelle, à titre d'exemple, la loi fédérale suisse sur les banques (L.B.) subordonne l'accès à la profession de banquier <sup>1093</sup> — interprétation dans laquelle le Tribunal fédéral a pleinement suivi la Commission

---

<sup>1092</sup> « (...) [A] change of government, even a salutary one, in and of itself cannot be the basis for abrogating contracts and judgments, however unwise or unfortunate, to which a state or nation has become a party, any more than a corporation can abrogate agreements made by a deposed board of directors acting within its actual or apparent authority (...). If there is to be a remedy for the injustice this case reveals, it must be through whatever actions remain available against Marcos's estate here and in the Philippines, not in discarding established principles of contract law (...) » (*ibid.*, p. 1101).

<sup>1093</sup> Art. 3, al. 2, *litt. c.*

fédérale des banques <sup>1094</sup> — pourrait porter à des conséquences plus remarquables encore — pas seulement en Suisse mais, en raison de l'harmonisation internationale croissante des normes de comportement bancaire, en tout autre pays. Le banquier, a souligné à maintes reprises la Commission, manque à son obligation de diligence (*Sorgfaltspflicht*) s'il « prête son concours » à une opération de corruption <sup>1095</sup>. Les normes de comportement contenues dans les « conventions de diligence » conclues depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1977 sous l'égide de l'Association suisse des banquiers renforcent cette interprétation <sup>1096</sup>. Aussi bien, compte tenu de la possible incidence « civile » des normes de comportement bancaire <sup>1097</sup>, la question ne peut manquer de se poser du droit des États « victimes » de réclamer une indemnisation au banquier qui aurait prêté son concours à la dissimulation ou simplement même au placement de fonds

<sup>1094</sup> I. Zivilabt., 27 juin 1985, X.-Bank g. Eidgenössische Bankenkommision, A.T.F. 111 Ib 126, qui décide que « [a]uch wenn das Bankengesetz hauptsächlich bezweckt, die Bankgläubiger vor Verlusten zu bewahren (...), so bezieht sich die Bankenaufsicht nicht allein auf die Solidität und Sicherheit der Banken, sondern insgesamt auf deren Vertrauenswürdigkeit (...). Die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte kann das Vertrauen nicht nur in die Betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen. Die Banken haben deshalb die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäftes abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass dieses Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes bilden könnte (...), und haben sich entsprechend einer Mitwirkung an unrechtmässigen oder sittenwidrigen Geschäften eines Kunden zu enthalten » (ici, consid. 2g, p. 127, je souligne). Voy. déjà II. Öffentlichrecht. Abt., 25 juin 1982, X.-Bank g. Eidgenössische Bankenkommision, A.T.F. 108 Ib 186. Comp. II. Öffentlichrecht, Abt., 4 mai 1990, Z. und Konsorten g. Schweizerische Eidgenossenschaft, A.T.F. 116 Ib 193, selon lequel « [b]ei der Auswahl der Massnahme ist stets vom Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Gläubigerschutz, auszugehen » (ici, consid. 2d, p. 197).

<sup>1095</sup> Bull. C.F.B., 1980, vol. 7, pp. 35 et s.; 1985, vol. 15, pp. 5-6. Il en est ainsi à tout le moins — mais cette discrimination relève de l'opportunité politique — dans des situations « reflétant des abus manifestes ou trop explosives pour que l'on puisse les ignorer » — des situations, souligne G. HERTIG, « de nature à provoquer des critiques » (« La diligence... », *op. cit.* in R.D.S., 1994, pp. 343 et 338). La médiatisation de l'opération « mani pulite » en Italie n'a, à titre d'exemple, pas été étrangère à l'intervention de la Commission fédérale des banques affirmant qu'une banque ne pouvait accepter des versements sur des comptes ouverts auprès d'elle « lorsqu'elle [savait] ou [devait] savoir qu'ils constitu[ai]ent des pots-de-vin » (C.F.B. Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht 1993, p. 132).

<sup>1096</sup> Bien qu'elle précise, en guise de préambule, qu'elle « ne peut ni ne veut (...) intégrer les législations : de change, fiscale et économique étrangères dans le droit suisse, ni en imposer le respect aux banques suisses », la Convention de diligence bancaire (C.D.B.) du 1<sup>er</sup> juillet 1992 interdit à celles-ci de prêter aucune « assistance active » « à la fuite de capitaux » d'un pays étranger (art. 7), ainsi qu'à la « fraude fiscale ou (...) actes analogues », par la délivrance d'« attestations incomplètes ou trompeuses » (art. 8) (texte dans M. BORGHI, R. BONZANIGO et M. BORGHI, *Aspetti civilisti del diritto bancario*, Atti della giornata di studio del 7 giugno 1993, Lugano, Commissione ticinese par la formazione permanente dei giuristi, 1993, pp. 83 et s. (en italien), et dans P. NOBEL (éd.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, n. 1, Bern, Staempfli + Cie, 1993, pp. 170 et s. (en allemand)).

<sup>1097</sup> Défendue notamment par M. BORGHI, « L'impatto del diritto pubblico sul diritto privato nel settore bancario », in R. BONZANIGO et M. BORGHI, *Aspetti civilisti...*, *op. cit.*, pp. 25 et s., spéc. pp. 48 et s. Cet auteur cite, en p. 49, un arrêt du Tribunal fédéral, en cause X. S.A. c. Y. en liquidation concordataire, qui, en admettant au bénéfice de l'action en responsabilité les créanciers d'une banque dont les réviseurs n'avaient pas agi avec la diligence que leur imposait la L.B., a reconnu « al contempo » « che tali norme [avevano] anche valenza privatistica e [avevano] anche per scopo di proteggere soggettivamente il patrimonio della parte lesa » (1<sup>re</sup> Cour civ., 15 août 1991, A.T.F. 117 II 315).

« d'origine suspecte » — observation dont l'élargissement, sous le contrôle d'organes internationaux, de la répression du blanchiment d'argent et des obligations de prévention qui s'imposent *en conséquence* aux banques, aux autres intermédiaires financiers, voire à toute personne quelconque <sup>1098</sup>, ne peut qu'accroître la gravité <sup>1099</sup>.

C'est peut-être ce danger que la Commission fédérale des banques a entendu conjurer qui, en guise d'épilogue des « affaires » Marcos et Duvalier, a souligné que ces « cas » « démonstr[ai]ent à quel point il p[ouvai]t être délicat pour des banques d'accepter en grande quantité des avoirs de chefs d'État étrangers » <sup>1100</sup>.

Les motifs d'étendre au-delà du chef d'État la liste des « défendeurs » potentiels ne manquent pas. La logique n'est en pareille hypothèse plus tout à fait celle d'une récupération d'avoirs volés, détournés ou acquis par fraude. Elle est celle d'une prise en considération des infractions reprochées à l'ancien dirigeant dans une norme de prudence, de diligence ou de bon comportement à l'aune de laquelle s'apprécie la « faute » des personnes qui lui ont prêté leur concours. Il ne peut s'agir là, pour mon propos, que d'un *raffinement* inutile — étant toujours requis que soit établie l'infraction primaire et par conséquent, la responsabilité de l'ancien dirigeant à l'endroit de l'État qu'il a dirigé. Cette question est toujours première et, pour le plan où je vais situer mon étude, elle absorbe toutes les autres.

<sup>1098</sup> Le *Drug Trafficking Offences Act* britannique de 1986, amendé par le *Criminal Justice Act* de 1993, érigeait en infraction pénale le fait de ne pas dénoncer aux autorités de police, « as soon as is reasonably practicable », la connaissance ou la suspicion d'un fait de blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue acquise « in the course of [one's] trade, profession, business or employment » (§ 26 B (1)). À cette infraction s'ajoutait celle consistant à révéler à une personne l'existence d'une enquête de police ouverte à son encontre pour infraction à la législation sur le blanchiment (« tipping off » offense) (§ 26 C, *Drug Trafficking Offences Act* 1986, et 93 D, *Criminal Justice Act* 1988, l'un et l'autre insérés par le *Criminal Justice Act* 1993). De cette manière, le législateur anglais a étendu à toute personne quelconque un devoir d'information limité aujourd'hui encore, dans la plupart des pays, aux intermédiaires financiers (voy. aujourd'hui le §§ 52 et 53 du *Drug Trafficking Act* 1994).

<sup>1099</sup> Cf. G. STESENS, n° 523-524, pp. 214-215.

<sup>1100</sup> C.F.B. *Rapport de Gestion-E.B.K. Jahresbericht* 1987, p. 156. Sans aller jusqu'à indiquer que les banques suisses devraient s'abstenir à l'avenir de recevoir, ou de poursuivre, de tels dépôts, la Commission fit savoir qu'elle « exige[ait] » désormais « que la direction et non des services subalternes de la banque décide, après avoir pesé toutes les circonstances, si des relations d'affaires aussi délicates d[evaient] être acceptées ou poursuivies ». « Il appart[enait] aux banques de régler clairement ce genre d'affaires par des directives appropriées » (*id.*). Voy. B. DEGRNDI, « Exponierte Persoenlichkeiten als Bankkunden », in *Aktuelle Rechtsfragen aus dem Bankenbereich*, *op. cit.*

L'on retrouve ainsi, en finale, le phénomène d'absorption des difficultés en deux plans qui concentreront l'analyse.

Que, dans le cadre du contentieux que j'ai pris en examen, les règles relatives aux immunités aient pu être invoquées par des membres de la famille de l'ancien chef d'État<sup>1101</sup>, voire des sociétés par l'intermédiaire desquelles il détenait les avoirs revendiqués, ou que la règle d'irrecevabilité des actions déguisant les prétentions de droit public des États étrangers ait pu être opposées à des organismes même privés<sup>1102</sup>, ne résultent pas du contenu de la règle elle-même — comme celle qui veut que les immunités du chef d'État s'étendent traditionnellement, de manière dérivée, aux membres de sa famille qui font partie de son ménage. Elle est bien plutôt le signe d'une interprétation fonctionnelle, assez analogue à celle qui prévaut en France en matière d'immunités de juridictions<sup>1103</sup>, et qui est motivée par le souci d'éviter tout contournement de ses dispositions; toute « fraude à la loi », par le désir, somme toute assez sain, de ne pas faire subir aux « subordonnés » un traitement auquel le « chef » échapperait<sup>1104</sup>.

Une limitation du champ de l'analyse aux rapports entretenus par l'État, représenté par son gouvernement, et son ancien dirigeant ne révèle ainsi, en définitive, aucun artifice. Ces rapports réalisent une conjonction exceptionnelle et tout à fait unique de difficultés, qui donne sa cohérence à l'objet de l'étude.

---

<sup>1101</sup> La Cour d'appel du deuxième circuit, à titre d'exemple, paraît n'avoir fait aucune différence entre les immunités devant revenir à M. Marcos et à son épouse, se bornant à parler à leur propos, indifféremment, d'« head-of-state immunity » (860 F.2d 40, pp. 44 et s., et la remarque des annotateurs de l'*American Journal of International Law*, qui estiment que « [t]he court assumed, without holding, that any immunity that Ferdinand Marcos enjoyed would extend to his wife (...) » (vol. 83 (1989), p. 372, note 2)).

<sup>1102</sup> J.-M. BISCHOFF, obs. cit. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 29 mai 1990, *Rev. crit.*, 1991, p. 389.

<sup>1103</sup> Qui a attiré les critiques de M. COSNARD, pp. 116 et s.

<sup>1104</sup> Cf. les conclusions que le Commissaire du gouvernement, M. Scanvic, a prises devant le Conseil d'État de France, chargé d'examiner le recours que M. Duvalier formait contre la décision de la Commission de recours des réfugiés de lui dénier le statut de réfugié politique. Raisonnant *a fortiori*, M. Sarvic rappela que le Conseil d'État n'avait pas hésité à rejeter le recours que formait, dans les termes, un ancien employé de M. Duvalier ayant servi parmi les « tontons macoutes » : « [n]ous ne vous proposons donc que d'appliquer au chef le même régime que celui du subordonné » (*J.C.P.*, 1992, II, n° 21950, p. 401).